أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

الاصطلام

في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة

تأليف
أبي المظفر السمعاني
منصور بن محمد بن عبد الجبار التميمي المروزي
الحنفي ثم الشافعي (٤٨٩هـ)

تحقيق
أ. د. نايف بن نافع العمري

الجزء الثالث


الاصطلام
فِي الخِلَافِ بَيْنَ الإِمَامَيْنِ الشَّافِعِيّ وَأَبِي حَنِيفَة

الطَّبْعَةُ الأُولَى
١٤٤٢هـ - ٢٠٢١م

أَسْفَار
لِنَشْرِ نَفِيسِ الكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ العِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الكُوَيْت

E-mail: s.faar16@gmail.com
Twitter: @sfaar16





* الفرع الرئيسي : حولي - شارع المثنى - مجمع البدري
ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦ فاكس: ٢٢٦١٢٠٠٤
* فرع حولي : حولي - شارع الحسن البصري ت ٢٢٦١٥٠٤٦
* فرع المصاحف : حولي - مجمع البدري ت ٢٢٦٢٩٠٧٨
* فرع الفحيحيل : البرج الأخضر - شارع الدبوس ت ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧
* فرع الجهراء : الناصر مول - ت ٩٥٥٥٨٦٠٨
* فرع الرياض : المملكة العربية السعودية - التراث الذهبي: ٠٠٩٦٦ ٥٥٧٧٦٥١٣٨
ص. ب: ١٠٧٥٠ الرمز البريدي ٣٢٠١١ الكويت
الساخن: ت: ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩

E-mail: z.zahby74@yahoo.com imamzahby

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

الاصطلام

في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة

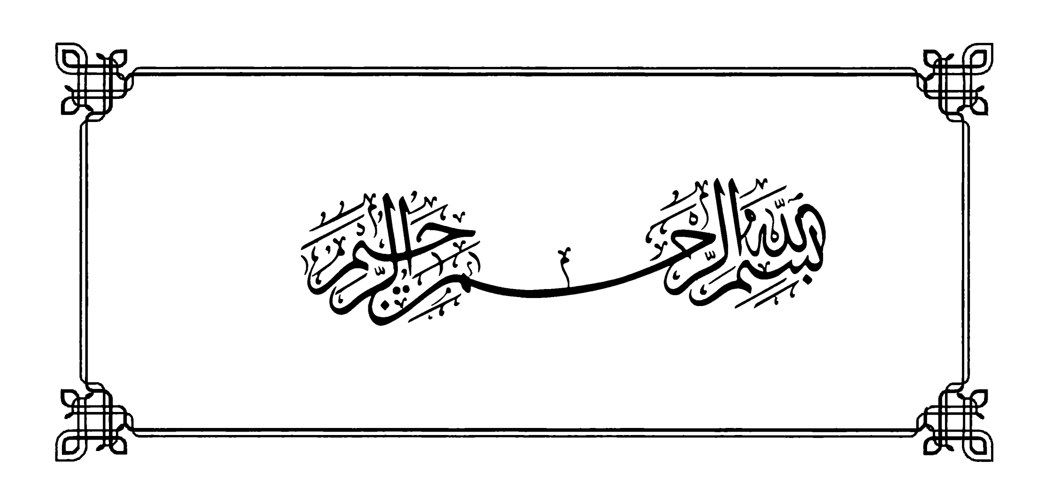
تأليف

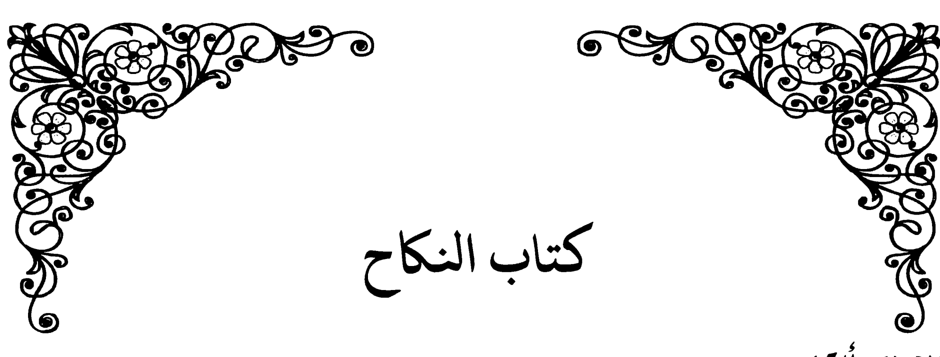
أبي المظفر السمعاني
منصور بن محمد بن عبد الجبار التميمي المروزي
الحنفي ثم الشافعي (٤٨٩هـ)

تحقيق

أ.د. نايف بن نافع العمري

الجزء الثالث


بسم الله الرحمن الرحيم



كتاب النكاح

※ (مَسْأَلة):

التخلي لنوافل[1] **العبادات أفضل من النكاح عندنا**[2] ، إلا إذا تاقت نفسه إلى النكاح (وفقد الصبر)[3] ، وخاف على نفسه ارتكاب المعصية إن لم يتزوج ، فإنه يكون النكاح أفضل[4] .

وعندهم: النكاح أفضل على الإطلاق من التخلي لعبادة الله[5] .

❖ **لنا:**

أن النكاح ليس بعبادة وغير العبادة لا يكون أفضل من العبادة.

وأما بيان قولنا أنه «ليس بعبادة» ؛ لأنه[6] العبادة عبارة عن فعل يتقرب به إلى الله تعالى يؤتى به على وجه مخصوص لفائدة مخصوصة وهو الثواب أو الوصول إلى رضا الله تعالى ، وهذا لا يوجد في النكاح ؛ ولأنه يصح من

---

(١) في (ز): لنفل.

(٢) ليست في (ز).

(٣) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٤) الحاوي: ٩/٣٢ ـ ٣٣ ، المنهاج: ٣/١٣٦ مع شرحه المغني ، معالم السنن: ٢/٥٣٨ ، شرح السنة للبغوي: ٩/٤ .

(٥) الأسرار: كتاب النكاح: ص ١٧ بتحقيقنا ، رد المحتار على الدر المختار: ٣/٣ ، فتح القدير: ٣/١٨٤ ، البحر الرائق: ٣/٨٢ .

(٦) في (ز): هو أن.

الكافر ولو كان عباده لما صح من[١] الكافر[٢]، ولا نحتاج في هذا إلى كثير (من الدليل)[٣]؛ لأنهم يسلمون أن النكاح ليس بعبادة، ومن ادعى أنه عبادة فهو لجهله بالعبادة[٤]، وقد قالوا في إثبات النكاح: بشهادة رجل و[٥] امرأتين أنه عقد من جنس عقود المعاملات، وما كان على هذا الوجه فنقطع أنه ليس بعبادة.

وأما بيان قولنا: «أن غير العبادة لا يكون أفضل من العبادة»؛ لأن معنى الأفضل أن يكون له رتبة في الشرع، لا توجد لغيره، وللعبادة من الرتبة الشرعية ما لا يوجد لغيرها؛ لأن الإلزام والإيجاب ابتداءً إنما يدخل في العبادات، وأما في غير العبادات فلا يجب ابتدأ من قبل الله تعالى في محلٍ مَا وإذا وجبت وجبت بأسباب من العباد، فتبين أن للعبادة رتبة شرعية لا يوجد لغيرها، وقد ذكرنا أن الفضيلة رتبة شرعية فلم يجز أن تستوي العبادة وغير العبادة في هذه الرتبة فضلًا من أن تزيد عليها.

يبينه: أن معنى قولنا «أن هذا الشيء أفضل من ذلك الشيء» أن الشرع طلب فعله بما لم يطلب به الآخر، والإيجاب طلب والاستحباب طلب[٦] فإذا[٧] لم يجز أن يُقدّم النكاح على العبادة إيجابًا لم يجز (أن يقدّم)[٨] استحبابًا

(١) في (ز): منه.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): دليل.
(٤) في (ز): بحقيقة العبادة.
(٥) في (ز): أو.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): وإذا.
(٨) في (ز): لا يقدم.

وعلى عكسه تقدم العبادة على النكاح إيجابًا فتقدم استحبابًا ونعني ـ بتقدمها إيجابًا ـ أنها تجب في مواضع معلومة ولم يجب النكاح في مواضع[1] ما. (ثم)[2] يدل[3] على أن النكاح عقد مباح مثل سائر عقود المعاملات وهو أنه عقد (معقود لقضاء)[4] شهوة طبيعية، ويمكن أن يقال لتحصيل أمر مطلوب طبعًا وهو استيفاء شهوة أو طلب نسل وما كان على هذا السبيل فرتبه الشرع فيه الإباحة فحسب؛ لأن المقصود من الإيجاب والندب حصول الشيء والحث الطبيعي كافٍ بحصول الشيء[5] وهو مستغنٍ عن إيجاب أو ندب من قبل الشرع وإنما يحتاج إلى سقوط التبعة عنه في الآخرة فرتبة الإباحة تُسقط عنه التبعات (والمطالبات في)[6] الآخرة على ما قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَـٰفِظُونَ﴾[7] الآية، فصار النكاح للوطء بمنزلة الشراء للأكل والحراثة للزرع[8] والتجارة للجمع.

وأما العبادة فالطبيعة متأبّية لها نافرة عنها فبمجرد الإباحة لا تحصل فائدة الحصول والوجود فلابد من الطلب بإلزامٍ أو استحبابٍ ووعد الثواب ليوجد ويحصّل فعرفنا بهذا الكلام أن النكاح ليس له فوق الإباحة منزلة في الشرع بأصل الوضع فلم يتصور أن يقدم على النوافل؛ لأن النوافل مندوب

---

(١) في (ز): موضع.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): فدل.
(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٥) في (ز): النكاح.
(٦) في (ز): والمؤاخذات في الدنيا و
(٧) سورة المؤمنون، آية: ٥، وسورة المعارج، آية ٢٩.
(٨) في (ز): للزراعة.




إليها محثوث عليها في الشرع، والمباح[1] لا يلحق[2] شأوها ولا يصل إلى منزلتها بحال.

۞ وأمّا حجّتهم:

ذهبوا[3] إلى أخبار رووها عن النبي عليه السلام، أنه حثَّ على النكاح، وأمر به في قوله: **(تناكحوا تكثروا فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة (ولو بالسّقط)**[4] الخبر[5] وثبت عنه عليه السلام أنه قال: **(أما أني أصوم وأفطر وأقوم وأنام وأنكح ومن رغب عن سنتي فليس مني)**[6]، وقال عليه السلام: **(من استطاع منكم الباه فليتزوج ومن لم يستطع فليصم فإن الصوم له وِجَاء)**[7] الخبر[8] وقال ﷺ: **(شراركم**

---

(١) في (ز): والنكاح.

(٢) في (ز): لا يبلغ.

(٣) في (ز): أنهم ذهبوا.

(٤) رواه أبو داود في سننه: ٥٤٢/٢ مع المعالم، كتاب النكاح، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء، والنسائي في سننه: ٥٤/٦، كتاب النكاح، باب كراهية تزويج العقيم، والحاكم في المستدرك: ١٦٢/٢، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقال الذهبي في التلخيص: صحيح، وقال ابن حجر في التلخيص: «وذكر البيهقي عن الشافعي أنه ذكره بلاغًا وزاد في آخره «ولو بالسِّقط» ١١٦/٣، ورواه بهذه اللفظة الطبراني في المعجم الكبير: ٣٤٩/٦.

(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٦) رواه البخاري في صحيحه: ١٠٤/٩ مع الفتح، كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، ومسلم في صحيحه: ١٧٦/٩ مع النووي، كتاب النكاح، باب النكاح لم تاقت إليه نفسه.

(٧) رواه البخاري في صحيحه: ١٠٦/٩ مع الفتح، كتاب النكاح، باب قول النبي ﷺ: من استطاع منكم الباء فليتزوج، ومسلم في صحيحه: ١٧٢/٩ مع النووي، باب النكاح، باب استحباب النكاح.

(٨) ليست في (ز).

عزابكم)[١]، وقال شداد بن أوس: زوجوني، فإن النبي ﷺ أوصاني [١٨٧/ب] أن لا ألقى الله عَزَبًا[٢]، وغير هذا[٣] من الأخبار، فقد أمر به وسماه سنة مطلقة، وأوعد على تركه وقدّمه على الصوم دل[٤] أنه أفضل. واستدلوا أيضًا بأنه عليه السلام تَزوَّج وَبَلَغَ النهاية في العدد الذي أبيح له[٥] وكان عليه السلام يُكثر من المباشرة[٦] ويطوف على نسائه في ليلة واحدة[٧]، ومعلوم أن التخلي (لعبادة الله)[٨] يُنافي هذه الحالة ولا يجوز أن يترك النبي أفضل الخصلتين ويختار أدناهما وأدونهَما، قالوا: وإن قلتم أن نفسه كانت توّاقة إلى النساء فإن[٩] كان لهذا[١٠] ينبغي أن يقتصر على امرأة واحدة (فإن المقصود كان يحصل بامرأة واحدة)[١١]، والزيادة لماذا؟ لولا أنها أفضل، وأيضًا[١٢] فإن[١٣] عندكم إنما

---

(١) رواه أحمد في المسند عن أبي ذر: ١٦٣/٥، وابن الجوزي في الموضوعات رقم (١٢٤٩، ١٢٥٠).

(٢) لم أجده في مظانه.

(٣) في (ز): هذه.

(٤) في (ز): فدل.

(٥) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿لَّا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ مِنۢ بَعۡدُ وَلَآ أَن تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنۡ أَزۡوَٰجٖ﴾ الآية، (الأحزاب، آية (٥٢).

(٦) في (ز): أو.

(٧) رواه مسلم في صحيحه: ٢١٧/٣ مع النووي، كتاب الحيض، باب استحباب الوضوء للجنب إذا أراد أن يأكل أو ينام أو يجامع.

(٨) في (ز): للعبادة.

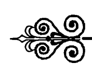
(٩) في (ز): فلو.

(١٠) في (ز): هذا.

(١١) ما بين القوسين ليس في (ز).

(١٢) في (ز): كيف.

(١٣) في (ز): و.

يكون النكاح أفضل للخوف من الوقوع في المعصية، وقد كان عليه السلام معصومًا من المعاصي فكان ينبغي أن يشتغل بالعبادات[1] ولا (يشتغل بالنكاح)[2] أصلًا وهذا الفصل معتمد لهم، قالوا: ولأن النكاح عقد يتضمن مصالح عامةً دينيةً ودنياوية فيكون أفضل من الاشتغال بالنوافل.

دليله: عقد الإمامة والقضاء. أما المصالح الدينية فتحصن الفرج من الزنا وإحراز نصف الدين على ما قال عليه السلام: **(من تزوّج فقد أحرز نصف دينه)**[3] وفيه أيضًا صيانة النساء والذَّب عنهن ومنعهن عن[4] الوقوع في الفاحشة، قال عليه السلام في النساء: **(أنهن كلحمٍ[5] على وَضَمٍ إلا ما ذُبّ عنه)**[6]، وأيضًا فإن في النكاح تكثير عباد الله وفي تكثير عباد الله تكثير عبادة الله، وأيضًا فإن فيه إرضاء الرسول لتحقيق المباهات على ما ذكره، وأما المصالح الدُّنيويه فقضاء الشهوة والسكن الحاصل في الدنيا وبه يحصل فراغ القلب والإلفة المطلوبة وبها صلاح المعيشة، وأيضًا فيه القيام على النساء بالنفقة وقد تضمن نوع نيابة[7] من الله تعالى في القيام برزق بعض عباده، وأيضًا فيه

---

(١) في (ز): بالعبادة.

(٢) في (ز): ينكح.

(٣) أخرجه الطبراني في الأوسط عن أنس بلفظ «من تزوج فقد استكمل نصف الإيمان». وقال الألباني: حسن. ينظر: صحيح الجامع الصغير وزياداته، رقم (٦٠٢٤)، والأحاديث الصحيحة رقم (٦٢٦).

(٤) في (ز): من.

(٥) في (ز): لحم.

(٦) مثل من الأمثال يُروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين قال: «لا يخلون رجل بمغيبةٍ إن النساء لحم على وضم» مجمع الأمثال للميداني: ١/١٧.
والضم: ما وقى به اللحم عن الأرض.

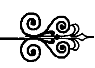
(٧) في (ز) من النيابة.

بقاء النسل في العالم وفي بقاء النسل بقاء العالم، ومن[1] هذا الحرف زعم بعضهم أن النكاح فرض على الكفاية؛ لأن الله تعالى حكم ببقاء العالم إلى مدة معلومة ولا يبقى العالم إلى تلك المدة إلا ببقاء الناس فطلب منا عقد النكاح ليتم ما حكم ببقائه إلى المدة المسماة وجعله فرضًا على الكفاية ليقوم به بعض الناس فيحصل المطلوب، ويتم المحكوم به، ولم يوجب على (كل واحد)[2] بعينه لحصول المقصود بقيام بعض الناس به، قالوا: وإذا[3] ثبت أنه يتعلق بهذا العقد مصالح دينية ودنياوية عامة فيكون أفضل من الاشتغال بالنوافل لأن تحصيل المصالح العامة دِينًا ودُنيا أنفع من النوافل التي يشتغل بها في خاصة[4] نفسه، وهذا لأن جميع ما شرع الله تعالى إنما هو لمنافع العباد فكل ما كان النفع فيه أكثر وأعم يكون أفضل وأولى، وشبهوا النكاح بما ذكرناه من القضاء والسلطنة، قالوا: وأما قولكم: «ليس[5] بعبادة»، بلى، ولكن يتضمن من المصالح والمقاصد ما يكون تحصيلها أفضل وأولى[6] من العبادة مثل القضاء والإمامة.

يبينه: أن النوافل نفعه في الآخرة وفي النكاح نفعه ونفعه غيره دنيا وآخرة، فيكون أفضل وأولى. قالوا: وأما قولكم: «إنه مباح»، لا، بل هو سنة مشروعة بدليل ما بينا، وقولكم: «إنه على وفق الطبيعة». قالوا: النكاح ليس بمقصود لقضاء الشهوة بل هو مقصود لطلب النسل وتكثير العباد، ألا ترى أنه

---

(١) في (ز): لأجل.
(٢) في (ز): أحد.
(٣) في (ز): فإذا.
(٤) في (ز): خاص.
(٥) في (ز): أنه ليس.
(٦) ليست في (ز).



لا يحل له الوطء إلا في موضع يتصور منه النسل، ولا يحل في كل موضع تقضي فيه الشهوة إلا أن الشهوة مستحثة على تحصيل النسل وهو مثل الحشمة والجاه التي تحصل بالقضاء والسلطنة، ومعلوم أن هذا على وفق الطبيعة ولكن ليس هو المقصود، وإنما المقصود عقد القضاء لتنفيذ أحكام الله تعالى وحماية بيضة الإسلام والذّب عن حريم الدين، ولكن الجاه الحاصل به مستحث على تحصيله وتتميمه، كذلك هاهنا. وألزموا إذا كانت توّاقة إلى النساء، قالوا: لولا أن النكاح في الأصل أفضل من النوافل وإلا لم يكن في هذه الصورة أفضل أيضًا؛ لأنه لا تتصور الضرورة في باب النكاح ويمكنه الصبر، فكان ينبغي أن يكون الاشتغال بالعبادة والصبر عنه أفضل لتكون المجاهدة أتم والثواب أكثر.

قالوا: وأما الكسب والحراثة فعندنا هو أفضل إذا كان محتاجًا إليه، وتضمن السعي على العيال وتحصيل الحلال، ثم قالوا: هو لا يتضمن من المصالح العامة دينًا ودُنيا ما يتضمنه النكاح، وإنما عامة ما فيه إصلاح المعيشة وفعل الصدقة، وأما النكاح يتضمن المصالح العامة فهو نظير الإمامة والقضاء.

۞ الجواب:

أما تعلقهم بالأخبار، واعلم أن في ظواهر الأخبار توسع عظيم جريًا على عادة كلام العرب، وكما ورد[1] الأمر بالنكاح، ورد الأمر في كثير من المباحات، وفي نص الكتاب أوامر كثيرة في الأكل والشرب والتجارة، لكنه على طريق[2] التوسع والمجاز، كذلك هاهنا وكذا[3] الجواب عن لفظ

(١) في (ز): فقد ورد.

(٢) في (ز): سبيل.

(٣) في (ز): كذلك.

«السُّنة» فإنه قد سمّى[١] الأكل سنة في بعض المواضع مثل السجود وتعجيل الإفطار، وعلى أنا لا ننكر نوع ندبيةٍ، وسنةٍ في النكاح، ولكن على ما يليق بالمباحات لا على ما يليق بالعبادات، ألا ترى أنه لا يثاب على فعله بخلاف العبادة[٢]، وأما إلحاق الوعيد فكان ذلك في حق مَنْ لا يرى النكاح أصلاً[٣]، ويعتقد التبتل والرهبانية على ما كان يفعله أهل الكتاب، وقد كان على هذا جماعة من الصحابة وأرادوا تحريم النكاح وفعل الاختصاء. ثم نقول: إن كان وردت الأخبار في الحث على النكاح فقد وردت أضعافُها في الحث على النوافل وعامة القرآن والسنة دليل عليه، وثبت أن النبي ﷺ قال حاكيًا[٤] عن الله تعالى: (**لا يزال العبد يتقرب إليّ بالنوافل حتى أحبه فإذا أحببته كنتُ سمعَه الذي يسمَع به، وبصره الذي يبصر به، فإن دعاني أجبته وإن سألني أعطيته**)[٥]، ولا مزيد[٦] على هذا، وَوَرَدَ الترغيب في إحياء الليل والتنفل فيه ووعد الثواب ما لا يُعد ولا يُحصى كثرة، فإن كان ما رووه يدل على أن النكاح أفضل ففي مقابلته ما روينا ما يزيد عليه، ويربى في أن النوافل أفضل وأولى. وأما تعلقهم بحال الرسول فاعلم أن الكلام فيمن لا يمكنه الجمع بين النكاح والقيام بمواجبه وعن الاشتغال بالنوافل فلابد، وأن يختار أحدهما فنقول: إن اختيار الاشتغال بالعبادة أفضل، فأما النبي ﷺ فقد جَمَعَ بينهما وَقَوِي على ذلك ما لا يقوى عليه غيره، وقد كان النبي ﷺ يقوم بالليل حتى

(١) في (ز): يسمى.

(٢) في (ز): العبادات.

(٣) زيادة من (ز).

(٤) في (ز): مخبرًا.

(٥) رواه البخاري في صحيحه: ٣٤١/١١ مع الفتح، كتاب الرقاق، باب التواضع.

(٦) في (ز): نزيد.

تورّمت قدماه، وكان إذا فعل عبادة داوم عليها، وقد داوم بعد نكاح التسع على جميع الأوراد والعبادات التي كان يفعلها قبل نكاحهن وعلى أن إباحة الزيادة في العدد كان في حقه كرامةً من الله تعالى خُص بها، فالرسول ﷺ إنما فَعَلَ ما فَعَلَ لتستوفى كرامته التي خُص بها ولم يقتصر على الواحدة؛ لأنه كان لا يصل إلى استيفاء الكرامة إلا بالزيادة، وليس كلامنا في استيفاء الكرامات وغير الأنبياء لا يُلحق بالأنبياء قياسًا على الكرامات التي خُصوا بها، وهذا جواب بالغ جدًا معتمد.

وأما تعلقهم بالمعنى ففيما سبق جواب عنه، وذلك لأن غاية ما في الباب أن يثبت لهم أن النكاح(١)(٢) (تتعلق به)(٣) مصالح كثيرة وهذا لا يدل على أن النكاح أفضل من العبادة، فإنا نقول لهم أولًا أصلح المصالح للعباد العبادة بدليل قوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾(٤) فالمصالح وإن كثرت لا توازي أصلح المصالح، ونقول أيضًا في المصالح الذي قلتم اتباع وأصول، فالأصول قضاء الشهوة والنسل، والباقي اتباع، والاتباع لا تعتبر، وأما الأصل الذي هو قضاء الشهوة وطلب النسل يدخل عليه الأكل فإن فيه قضاء الشهوة وطلب الحياة ومع ذلك لم يكن أفضل من العبادة، ثم الجواب تحقيقًا إن سلمنا تعلق جميع هذه المصالح بالنكاح ولكن لا تزيد درجته على الإباحة لما بينا، أن المقصود هو الحصول وهو عقد معقود على وفاق الطبيعة وبالإباحة يحصل المقصود، وتوجد المصالح المرتبة عليها(٥)،

---

(١) في (ز): للنكاح.
(٢) في (ز): للنكاح.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) سورة الذاريات، آية: ٥٦.
(٥) في (ز): عليه.

وإذا لم تزد درجته على الإباحة لم يجز أن يصير في درجة العبادات بحال، فإن قالوا: نجعل النكاح أولى ليقع فيه الرغبة من جهتين من جهة الطبيعة، ومن جهة الشريعة فيكون إلى الوجود والحصول أقرب. قلنا: لا؛ لأن في هذا تغيير أوضاع الشرع، وذلك لا يجوز فإن وضع الشرع في الأمور التي هي على وفق طبائع النفوس الإباحة، وفي الأمور التي هي على خلاف طبائع النفوس الإيجاب والإلزام، وهذا لأن الإباحة شرع وهذا القدر في الشرع كافٍ في أمثال هذا، وأما القضاء والسلطنة فلا نقول أنه أفضل من الاشتغال بالعبادة، إلا أن يكون هو متعينًا لا يصلح له غيره فحينئذ نوجبه[1] عليه. (وأما إذا كانت نفسه توّاقة)[2] إلى النكاح فلا نقول: أن النكاح أفضل في هذه الصورة لمعنىً يعود إلى نفس النكاح، بل لمعنى يعود إلى الاحتراز عن المعصية، مثل الكسب والحراثة إذا كانت نفسه توّاقة إلى الدنيا وإلى تحصيلها، ويخاف مواقعة الحرام وطلب المال من غير [١٩٢/أ] جهته فإنه يكون الكسب أفضل من الاشتغال بالعبادة، وإنما الكلام في جعل النكاح أفضل من الاشتغال بالعبادة لمعنىً يعود إلى نفس النكاح[3]، وهذا لا يجوز لما بيَّنّاه، وهذا القدر من الجواب كافٍ في هذا الفصل للمتأمل المنصف، والله أعلم بالصواب.



(١) في (ز): فوجب.

(٢) في (ز): فأما إذا تاقت نفسه.

(٣) في (ز): العبادة.

❊ (مَسْأَلَة):

المرأة لا تكون ولية نفسها في مباشرة العقد بحال، ولا نيابة[1] عن الولي في المباشرة[2].

وعندهم: هي ولية نفسها في مباشرة النكاح إذا كانت حرة عاقلة بالغة، وعند محمد بن الحسن لا تباشر بنفسها وإنما تباشر بإذن وليها[3][4].

❊ لنا:

السّنة الغراء الزهراء في الباب، وهو ما روى سليمان[5] بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي صلى الله عليه قال: **(إيما امرأة نكحت نفسها بدون إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل)**[6] ثلاثًا، الخبر وحديث إسرائيل[7] عن أبي إسحاق[8] عن أبي بردة عن أبي موسى الأشعري عن

---

(١) في (ز): نائبة.

(٢) المهذب: ٢/٢٤٥، المنهاج: ٣/١٤٧ مع المغني، أسنى المطالب: ٣/١٣٥، وهو قول الحنابلة والمالكية. ينظر: المغني: ٧/٧، المقدمات لابن رشد: ص ٣٥٩.

(٣) مختصر القدوري ٢/٨، الأسرار: ص ١٦١، كتاب النكاح (بتحقيقنا)، تبيين الحقائق: ٢/١١٧.

(٤) في (ز) (بالإذن من الولي فيجوز).

(٥) هو: سليمان بن موسى الأموي مولاهم الدمشقي الأشدق، صدوق، فقيه في حديثه بعض لين، وخولط قبل موته بقليل من الخامسة، روى له مسلم وأصحاب السنن، ينظر: التقريب: ص١٣٦.

(٦) رواه الحاكم في المستدرك: ٢/١٦٨، ١٦٩، وأطال في تخريجه.
وقال ابن حجر في الفتح: ٩/١٩٤: «هذا حديث صحيح»، وينظر: تخريجه في: التلخيص الحبير: ٣/١٥٧.

(٧) هو: إسرائيل بن يونس بن أبي إسحاق السبيعي الهمداني أبو يوسف الكوفي ثقة، تُكلم فيه بلا حجة، من السابعة، مات سنة: ١٦٠هـ، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب: ص٣١.

(٨) هو: أبو إسحاق: عمرو بن عبد الله الهمداني السبيعي، مكثر، ثقة، عابد من الثالثة، اختلط=

النبي صلى الله عليه أنه قال: **(لا نكاح إلا بولي)**[1] والخبران أصح شيء في الباب، وقد طعن المخالفون في إسناد هذين الحديثين[2] وزعموا أن الراوي عن سليمان بن موسى هو ابن[3] جريج، وقال: لقيتُ الزهري وسألتُه عنه فأنكر، وقال: لا أعرفه[4] وهذا يوجب ضعف[5] الحديث، ولهذا لم يُخرج في الصحيح. وقالوا: الحديث الثاني أن[6] الأصح أنه مرسل برواية أبي بردة عن النبي ﷺ، والمرسل عندكم ليس بحجة ثم حكوا عن يحيى بن معين أن هذا الخبر لا يصح عن النبي صلى الله عليه مع خبرين نصوا عليها[7]، وهو قوله: **(كل مسكر خمر)**[8]، ....

= بآخره، مات سنة: ١٢٩هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص ٢٦١.

(١) رواه أبو داود في سننه ٥٦٨/٢ مع المعالم.
والترمذي في سننه: ١٧٥/٢ مع تحفة الأحوذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في: لا نكاح إلا بولي.
وابن ماجه: ٦٠٥/١ رقم (٨٨٠).
وابن الجارود في المنتقى: ص ٢٣٥ رقم (٧٠١ ـ ٧٠٤).
وسعيد بن منصور في سننه: ١٣٢/١، كتاب النكاح، باب مَن قال: لا نكاح إلا بولي.
والحاكم في المستدرك: ١٧٠/٣ ـ ١٧١، وقال: لم يسع الشيخين إخلاء الصحيحين منه.
وقال الألباني في الإرواء: «إنه صحيح»: ٢٣٥/٦، رقم (١٨٣٩).

(٢) في (ز): الخبرين.

(٣) ابن جريج هو: عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الأموي مولاهم، المكي، ثقة، فقيه، فاضل، وكان يدلس ويرسل، من السادسة، مات سنة: ٥٠هـ أو بعدها، وقد جاوز السبعين، وقيل: جاوز المائة ولم يثبت، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص ٢١٩.

(٤) رواه الحاكم في المستدرك: ١٦٨/٢ ـ ١٦٩.

(٥) في (ز): ضعفًا في الحديث.

(٦) في (ز): إن الحديث الثاني: الأصح.

(٧) في (ز): عليهما.

(٨) في (ز): حرام. رواه البخاري في صحيحه: ٣٢/١٠ مع الفتح، كتاب الأشربة. ومسلم في=

وقوله: **(من مس ذكره فليتوضأ)**[١]، قالوا: ولأن في الحديث الأول بغير إذن وليها، فعلى هذا نقطع أن هذا الحديث تناول امرأة لها ولي، وعندنا الحرة العاقلة البالغة لا ولي لها فلا يتناولها الخبر، ولأن مفهومه يقتضي أنها إذا نكحت بإذن[٢] الولي يجوز، وعندكم لا يجوز، وعندكم المفهوم حجة كالمنطوق به، وقالوا: على الخبر الثاني أن النكاح في مسألتنا بولي[٣] لأن المرأة ولية نفسها ثم عارضوا هذا الخبر بما رووا من طريق ابن عباس أن النبي ﷺ قال: **(الأيم أحق بنفسها من وليها)**[٤] وبحديث الخنساء[٥] أن النبي ﷺ استردها من زوجها بعد ما زوّجها أبوها، وقال لها: **(انكحي مَن شِئتِ)**[٦].

❁ الجواب:

أما الأول فقد قيل إنما[٧] ذكروه حكاه ابن[٨] عُلية في كتابه وقد

= صحيحه: ٣٢/١٣ مع النووي، كتاب الأشربة.

(١) رواه الترمذي في سننه: ٨٦/١ مع التحفة، والدارقطني في سننه: ١٤٦/١ ـ ١٤٧.

(٢) في (ز): وإذن لها. خ

(٣) في (ز): هو بولي.

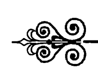
(٤) رواه البخاري في صحيحه: ١٩١/٩ مع الفتح، رقم (٥١٣٦)، كتاب النكاح، باب إذا لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها بلفظ «لا تنكح الأيم حتى تستأمر».
ومسلم في صحيحه: ٢٠٤/٩ مع النووي، كتاب النكاح.

(٥) الخنساء: هي خنساء بنت خدام بن خالد الأنصارية من بني عمرو بن عوف.
ينظر: ترجمتها في: الإصابة: ٢٧٩/٤ رقم (٣٥٢).

(٦) رواه البخاري في صحيحه: ١٩٤/٩ مع الفتح، رقم (٥١٣٥)، كتاب النكاح، باب إذا زوج الرجل ابنته وهي كارهة، وليس فيه لفظة «وقال لها أنكحي من شئت».

(٧) في (ز): (إن ما).

(٨) ابن علية: هو إسماعيل بن إبراهيم الأسدي مولاهم: أبو بشر البصري: المعروف بابن علية،=




تُصُفح[١] كتب[٢] (ابن علُية)[٣] ولم[٤] توجد هذه الحكاية فيها[٥] ثم نقول أن سليمان بن موسى ثقة، (وقد روى عنه مسلم بن حجاج في كتابه غير هذا الحديث[٦] وإذا كان ثقة)[٧] فيحمل الأمر على أن الزهري نسي روايته، وإذا كان النسيان جائزًا لم يُرَد الحديث[٨].

وأما الخبر الثاني قولكم[٩]: رُوي[١٠] مرسلًا. قلنا: وإن رُوي مرسلًا عن طريق الثوري لكن إسرائيل أسنده على ما بيَّنَّا[١١]، وهو ثقة والذي حكوا عن يحيى بن معين لا يُعرف، وعلى أنه إن لم يثبت عنده فقد ثبت عند غيره.

وقولهم: إن الخبر تناول امرأة لها ولي. قلنا: ولي المرأة معلوم عرفًا وشرعًا، فلا يجوز أن يُتركَ الحديث بمثل هذا المجادلة.

= ثقة، حافظ، من الثامنة، مات سنة: ١٩٣هـ، وهو ابن ثلاث وثمانين سنة، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب: ص ٣٢.

(١) في (ز): تصفحت.

(٢) في (ز): كتبه.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): فلم.

(٥) ينظر: المستدرك: ١٦٨/٢، ١٦٩.

(٦) ينظر: صحيح مسلم: ٨٥/١ ـ ٨٦ مع شرحه للنووي، باب بيان إن الإسناد من الدين.

(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٨) قال ابن حبان: «وليس هذا مما يقدح في صحة الخبر، لأن الضابط من أهل العلم قد يحدث بالحديث ثم ينساه، فإذا سئل عنه لم يعرفه، فلا يكون نسيانه دالّا على بطلان الخبر» ا. هـ. نصب الراية: ١٨٥/٣.

(٩) في (ز): قولهم.

(١٠) في (ز): أنه روى.

(١١) في (ز): بيناه.



وقولهم: أن مفهومه كذا، قلنا: خرج الحديث على المعتاد من حال النساء، والمعتاد من حال المرأة أنها إذا أرادت أن تتزوّج بنفسها لا تستأذن الولي، وإذا[١] لم ترد أن تتزوج بنفسها تُفوض إلى الولي نكاحها، ولا تشرع فيه أصلًا، فذكر رسول الله صلى الله عليه مباشرتها للنكاح على عادتهن لا على أن عدم الإذن شرط لبطلان نكاحها، وهذا كقوله ﷺ: **(مَنْ انتمى إلى غير أبيه[٢] أو تولى أحدًا بغير إذن مواليه فعليه لعنة الله)**[٣] الخبر وهو على ما ذكرنا، كذلك هاهنا.

وأما قولهم: على الخبر الثاني: أن النكاح منها بولي نكاح، قلنا: المراد من الخبر لا نكاح للمرأة إلا بولي المرأة، وولي المرأة غيرها بالإجماع. وأما خبرهم، قلنا: نحن نقول به، ومعناه: أنها أحق بنفسها حتى لا تزوَّج إلا بإذنها، وأما خبر[٤] الخنساء فقد كان ثيبًا وعليه إجماع أهل الرواية، وقد ذكر البخاري في كتابه «وكان الأب زوّجها بغير إذنها»[٥]، وعندنا في مثل هذه الصورة لا يصح النكاح، والسنة في المسألة معتمدة.

ومن[٦] طريق القياس ....

---

(١) في (ز): وإن.

(٢) روى الجزء الأول من الحديث البخاري في صحيحه: ١٢/٥٤ مع الفتح، كتاب الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه ولفظه «من ادّعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام».

(٣) روى الجزء الثاني من هذا الحديث ابن ماجه في سننه: ٢/٨٧٠، رقم (٢٦٠٩)، ولفظه: «من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين».

(٤) في (ز): حديث.

(٥) صحيح البخاري: ٩/١٩٤ مع الفتح، كتاب النكاح، باب إذا زوج الرجل ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود.

(٦) في (ز): ونتكلم من.

نقول[١]: إرقاق الإنسان نفسه حرام، والمرأة بمباشرتها النكاح تُرق نفسها فلا[٢] يُطلق لها ذلك ويُحرّم مثل الرجل الحر يُرق نفسه، والتحريم معلوم ودليل أنها مُرقة[٣] نفسها قوله ﷺ: **(النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته)**[٤] وسمّاها أيضًا رسول الله صلى الله عليه أسيرة، فقال: **(اتقوا الله في النساء فإنهن عندكم عوان)**[٥] أي أسرى، والأسيرة [١٩٢/ب] والمرقوقة واحدة؛ لأنها تصير مسلوبَة فوائد الحريّة من التصرف في نفسها متى[٦] شاءت (والانطلاق حيث شاءت)[٧] بل نفسها من حيث أحكام النكاح للزوج مثل الأمة، فإن نفسها من حيث أحكام ملك اليمين للسيد وإذا كانت للزوج كانت رقيقة له. قالوا: على هذا كما لا يجوز للمرأة أن تُرق نفسها لا يجوز للولي أن يُرقها، ومع ذلك بالإجماع جاز للولي أن يزوّجها، فدل على أن هذا ليس بإرقاقٍ ولئن كان إرقاقًا فهو إرقاق جائز.

❁ **الجواب:**

بما هو حقيقة المسألة هو أن النكاح في حق النساء من المضار لما بيَّنَّا

(١) في (ز): فنقول.

(٢) في (ز): ولا.

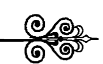
(٣) في (ز): ترق.

(٤) رواه سعيد بن منصور في سننه عن أسماء بنت أبي بكر - رضي الله عنهما - من قولها، كتاب النكاح، باب ما جاء في المناكحة رقم (٥٩١).
ورواه البيهقي في سننه: ٨٢/٧، وقال يروي مرفوعًا وموقوفًا والموقوف أصح.

(٥) رواه الإمام أحمد في مسنده: ٧٣/٥.

(٦) في (ز): كيف.

(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).




أنه إرقاق فلابد[١] أنه حقيقة الرق أو شبه الرق وأيهما كان فهو إضرار والإضرار ممنوع عنه خصوصًا في مثل هذا؛ لأن على الحر أن يحفظ حرية نفسه، لأنها كرامة من الله وعلى أصحاب الكرامات من الله تعالى أن يحفظوا كراماتهم إلا أن الشرع جاء بجواز أصل النكاح؛ لأنه يتضمن من المصالح والفوائد ما يصير الضرر في مقابلتها بمنزلة العدم ويصير العقد باعتبارها عقد مصلحة لا عقد مضرة ومفسدة غير أن المقاصد والمصالح في النكاح تكثر فبعضها تكون ظاهرة وبعضها تكون[٢] غامضة باطنة، فالظاهرة مثل الكفاءة وتمام المهر. والباطنة مثل الخصال المطلوبة في الأزواج للنساء من حُسن الخُلق ولطافة العشرة، وكرم الطبيعة وحسن الصحبة، وتمام الورع، والتدين[٣] على اختلاف العادات، وبهذه الأشياء يتم السكن ويظهر الإلفة والمودة وهذه الأشياء لا يوصل إليها إلا بعقلٍ كاملٍ ورأى صائب[٤] والمرأة ناقصة العقل بالنص والحس[٥]، وقد خُلقت على فرط الشهوة وسرعة الانخداع والاغترار فلا تصل بعقلها الناقص ورأيها المشوب بالشهوة ونظرها الملوّث بالهوى إلى هذه المقاصد خصوصًا ما يبطن منها (فإذًا فات الوصول وإنما صار عقد)[٦] مصلحة باعتبارها بقي عقد مضرة على اعتبار الأصل وهو الحرف الذي قلنا أنه عقد إرقاق فلم يجز فبطل[٧]، هذا هو المعتمد في

---

(١) في (ز): ولابد.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): الدين.

(٤) في (ز): ثاقب.

(٥) في (ز): الخبر وهو خطأ.

(٦) في (ز): العبارة هكذا «وإذا فات الوصول إلى ما صار العقد».

(٧) في (ز): وبطل.

المسألة. وأما عامة الأصحاب تعلقوا[1] بالأحكام، وزعموا أن المرأة مولية[2] عليها بدليل أنها لو وضعت نفسها تحت مَنْ لا يكافئها ثبت حق الاعتراض للأولياء ولو كانت ولية نفسها كانت أولى الأولياء، والأصل أن عقد النكاح متى صدر من أولى الأولياء لا يثبت للأبعد حق الاعتراض بدليل ما لو زوّجها الأب من غير كفؤٍ ليس للجد حق الاعتراض. وتعلقوا أيضًا بفصل الاكتفاء بالسكوت[3] إذا زوّجها الولي وهي بكر بالغة ولا يوجد الاكتفاء بالسكوت إلا في حق الولي، ولأن الصغيرة إذا كانت لها أخت وأم وابن عم فالولي هو ابن العم دون الأم والأخت مع بعده وقربهما، وهذا يدل على أن الأنوثة تنافي الولاية والدلائل حسنة لا بأس بها.

وسنبيّن وجه كلامهم عليها، والمعتمد هو الأول.

۞ وأمّا حجّتهم:

تعلقوا أولًا بإضافة فعل النكاح إلى النساء بنص القرآن وهو قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾[4]، وقوله تعالى: ﴿أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾[5]، وأيضًا قوله: ﴿فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[6] (وهذه الإضافة إضافة مباشرة، لأنه ليس لمباشرة النكاح لفظ أبين من هذا)[7]، وبمثل هذا اللفظ يضافُ

---

(١) في (ز): فإنهم تعلقوا.
(٢) في (ز): مولى.
(٣) في (ز): بالصمات.
(٤) سورة البقرة، آية: ٢٣٠.
(٥) سورة البقرة، آية: ٢٣٢.
(٦) سورة البقرة، آية: ٢٣٤.
(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).

هذا[١] الفعل إلى الرجال فدلت هذه الظواهر على جواز مباشرتهن النكاح. وأما المعنى قالوا: تصرفت[٢] في خالص حقها، وهي من أهل التصرف فجاز كما إذا[٣] باعت مالها، والدليل على أن النكاح خالص حقها إن النكاح لا يعقد لعينه، وإنما يُعقد لمعنى، وذلك المعنى يَخْلُص للمرأة ولا يشاركها فيه أحد من ولي ولا غيره، ولأنها هي الناكحة والمنكوحة لا غير، فكيف لا يكون خالص حقها؟ ويدل عليه من حيث الحكم: أنها لو طلبت من الولي تزويجها وجبت عليه الإجابة ولو لا أنه خالص حقها، (وإلا لما وجب)[٤] عليه الإجابة؛ لأن الإنسان لا يجب عليه استيفاء حقه[٥]، ألا ترى أن مَنْ له الدّين إذا طالب ممن عليه الدين إيفاء حقه وجب عليه قضاؤه، فتبين به[٦] أن الدين خالص حقه، ولأنه لو كان الحق مشتركًا بين الولي والمرأة وَجَبَ[٧] إذا وجبت الإجابة على أحدهما عند طلب صاحبه[٨]، يجب على الآخر الإجابة أيضًا[٩] عند طلبه، ألا ترى أن الشيء إذا كان مشتركًا بين الشريكين[١٠] وهو مما يحتمل القسمة فأيهما طلب القسمة وجب على الآخر الإجابة، وقد أجمعنا على أن الولي إذا أراد التزويج لم يجب على المرأة

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): تصرف.
(٣) في (ز): لو.
(٤) في (ز): لما وجبت.
(٥) في (ز): حق نفسه.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): لكان.
(٨) في (ز): الآخر.
(٩) ليست في (ز).
(١٠) في (ز): اثنين.

الرضا[١]، فثبت بما قلنا[٢] أن النكاح خالص حقها. وبيان أنها من أهل التصرف أنها من أهل سائر التصرفات، وهذا لأن النكاح تصرف [١٩٣/أ] مقاولة بين شخصين[٣] فكل من كان صحيح القول كان من أهل التصرف، وقول المرأة صحيح بالعقل والتمييز. ويدل عليه من حيث الحكم: صحة الإقرار منها بالنكاح وهو تصرف بإظهار النكاح من حيث القول.

يبينه: أن بُضعها لا يكون فوق دمها فإذا ملكت التصرف في دمها مثل ما يتصرف الرجل وهو الإقرار بالزنا والقصاص، فكذلك وجب أن تملك التصرف في بضعها بالإقرار بالعقد تارة، وبالإنشاء أخرى، وَنُزِّل الإقرار والإنشاء هاهنا منزلة الإقرار بالقتل.

قالوا: وأما قولكم: إن النكاح في حق النساء مضرة، قالوا[٤]: لا، بل هو عقد مصلحة وسنبين في المسألة الثانية على أنه كيف ما كان فقد دخل تحت الملك بدليل أن الولي يملكه.

وأما قولهم[٥]: إنها ناقصة العقل (والمقاصد باطنة)[٦]، قالوا: هذا النقصان غير معتبر بدليل أن الشرع نزّلها منزلة الرجل الكامل العاقل في الخطاب، ووجوب الحدود التي تندرئ[٧] بالشبهات ولو اعتبر نقصان العقل

---

(١) في (ز): الإجابة.
(٢) في (ز): قلناه.
(٣) في (ز): اثنين.
(٤) في (ز): قلنا.
(٥) في (ز): قولكم.
(٦) في (ز): في المقاصد الباطنة.
(٧) في (ز): تدرأ.

لكان أدنى ما فيه أن يتنهض[1] شبهة، وهذا لأن النقصان[2] ما اعتُبر إلا في شيء واحد وهو ما تناوله النص من تعديل المرأتين بالرجل الواحد، ثم قالوا: أصل[3] العقل موجود، وفيه نقصان فلوجود أصل العقل جوّزنا أصل العقد ولوجود النقصان المتمكِّن فيه لم نفوّضه إليها على الإطلاق، وأثبتنا للأولياء حق الاعتراض إذ عثروا على خلل من نقصان مهرٍ أو عدم كفؤٍ، فأما أنتم عطلتم أصل العقل والبلوغ، وتعلقوا أيضًا بالاختيار، وقالوا: كمال العقل يُعتبر للاختيار وقد جعلتم اختيار الأزواج إلى النساء وهذه مناقضة بينة.

قالوا: ولأن عندكم لا ينعقد بعبارة المرأة أصلًا وإن كان بإذن الولي ونقصان العقل إن أثر فيما قلتم وهي فوات الوصول إلى المقاصد فلا يؤثّر في صحة العبارة ولا عمل له[4] أصلًا فلمَ لم ينعقد بعبارتها تبيّن أنه ليس كما قلتم، وهذا من إشكال المسألة، فلابد أن نعتني في الجواب عنه.

قالوا: أما قولكم: إن المرأة مولية[5] عليها، قالوا: هي مولية عليها ندبًا واستحبابًا لا حتمًا وإيجابًا ومعنى الاستحباب في هذه الولاية أن المرأة مأمورة بتفويض العقد إلى الولي منهيّةٌ عن مباشرته؛ لئلا تنسب إلى الوقاحة وغلبة الشهوة كما يُنهى[6] الإنسان أن[7] يخطب[8] على خِطبة أخيه، أو يستام على

(١) في (ز): تصير.
(٢) في (ز): إنما.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): له فيها.
(٥) في (ز): مولى.
(٦) في (ز): نهى.
(٧) في (ز): عن.
(٨) في (ز): الخطبة.

سوم أخيه حتى لا يؤدّي ذلك إلى اكتساب الوحشة بينه وبين أخيه، ولا ولاية من حيث الحتم والإيجاب؛ لأن المرأة إذا عقدت جاز، وإنما قلنا بنفي[1] هذه الولاية وإثبات تلك الولاية لقيام الدليل على كل واحد[2] منهما. قالوا[3]: ولهذا قلنا: إن المرأة إذا طلبت من الولي أن يزوّجها يجب[4] على الولي الإجابة؛ لأن العقد الصادر منه برضاها أكمل وجهي العقد؛ لأن المستحَب لها أن لا تباشر بل يُكرَه لها ذلك فوجبت الإجابة ليقع بها الوصول إلى أكمل وجهي العقد، وليوجد العقد من غير أن تنسب إلى مباشرة مكروة، ولذلك يُكتفى بسكوتها إذا كانت بكرًا؛ لأنه وليها على الجملة على ما سبق، وهي تستحي من الولي الذي يتولى مباشرة نكاحها شرعًا وعرفًا ما لا تستحي من الأجنبي والاكتفاء بالسكوت إنما كان للنص[5] في حق الولي، فلا يُلحَق به الأجنبي الذي لا يساويه في المعنى.

قالوا: وأما الاعتراض يثبت[6] لدفع الضرر مثل الشفيع يأخذ الشقص[7] لدفع الضرر وثبوته ليس[8] يدل على انتفاء أصل العقد بدليل المشتري للشقص يبيع بأكثر من الثمن الأول يعترض[9] عليه الشفيع والعقد جائز.

---

(١) في (ز): ببقاء.
(٢) في (ز): واحدة.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): وجب.
(٥) في (ز): بالنص.
(٦) في (ز): ثبت.
(٧) في (ز): بالشفعة.
(٨) في (ز): لا.
(٩) في (ز): ويعترض.

قالوا[1]: وأما الجد مع الأب فلا ولاية للجد أصلًا مع الأب، فكيف يعترض؟ وأما الأب له ولاية مع ولاية المرأة فجاز أن يعترض عليه إذا مسّه الضرر، ولأن الأب أولى من الجد عقدًا وَطَلَبَ كفاءة، وفي مسألتنا العقد إلى المرأة عائد[2] وطلب الكفاءة إلى الأولياء قالوا: وأما الولاية على الغير فقد ثبت للنساء وهي[3] عند فقد العصبات، وزعموا أن الأم تزوّج وكذا الأخت، وإنما لم يقدِّم على العصبات؛ لأن الرجال بذلك أقوم[4] والنظر منهم أكمل وأتم، وهو مثل ما قلنا أن عقد النكاح إلى الولي مباشرة فضلةً واستحبابًا، ثم نقضوا هذا الفصل بالمال، فإن المرأة لا (يكون لها)[5] ولاية في مال ولدها الصغير، ولها ولاية في مال نفسها بالإجماع[6]. قالوا: ولا يجوز أن يقال: أن النكاح عقد محترم لوروده على البضع فلإظهار حرمته وجب أن لا يليه إلا الرجال؛ لأنه[7] وإن كان محترمًا فلا تكون[8] حرمته فوق[9] حرمة النفس على ما سبق، ولأنا أظهرنا حرمته باشتراط الشهادة فلا يجب طريق آخر، ونقضوا بظهور النكاح بإقرار المرأة واعتبار رضاها؛ وغير ذلك.

---

(١) زيادة من (ز).

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): وهو.

(٤) في (ز): أقوى.

(٥) ليست في (ز).

(٦) ينظر: فتح القدير ٢٥٧/٣.

(٧) في (ز): فإنه.

(٨) في (ز): تزيد.

(٩) في (ز): على.




۞ **الجواب:**

[١٩٣/ب] أما التعلق بالإضافة الشرعية فقد تعلق الشافعي بتحقيق العضل من الولي بنص الكتاب ولا يوجد ذلك إلا بعد ثبوت الولاية حقيقة.

يبينه: أن العضل هو المنع، وإنما يتصور منع ما هو في يده، فأما ما هو في يد الغير فكيف يتصور عنه[١] المنع؟ وعندكم العقد في يدها فلا يتصور عضل على ما قلتم، وأما فصل الإضافة فهو بمعنى التسبيب، وعندنا المرأة سبيل من التسبيب إلى النكاح بالمطالبة، وأما القياس الذي تعلقوا به فاعلم أن الأولى أن نسلم لهم أن النكاح خالص حقها، ولا نسلم لهم أنها من أهل التصرفات، ولكن فساد[٢] التصرف إنما جاء من وجه آخر، وهو الذي بيناه.

وأما قولهم: إن النكاح عقد مصلحة، قلنا: إنما صار مصلحة في حق النساء لا وضعًا لكن باعتبار المقاصد ووجود المقاصد بعقد[٣] الرجال لا بعقد[٤] النساء على ما ذكرنا.

أما قولهم: إن نقصان عقلها غير معتبر قلنا: إن منعوا نقصان العقل فالحسي[٥] يدل على الوجود، وَمَنَ قال أن المرأة ليست بناقصة العقل فهو ناقص العقل، والذي قالوا: أنه غير معتبر بدليل ما قالوا.

قلنا: قد اعتُبر بدليل سلب الولايات[٦] العامة في النبوة والإمامة

---

(١) في (ز): فيه.
(٢) في (ز): إفساد.
(٣) في (ز): بعقل.
(٤) في (ز): بعقل.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): الولاية.

والسلطنة والقضاء والشهادة، إلا في موضع مخصوص.

والجواب الوجيز:

أن نقصان العقل إذا تحقق فلابد وأن[1] يؤثر كعدم العقل (إذا تحقق)[2] وكنقصان الملك يعتبر في محله كعدم الملك فلئن لم يُعتبر في محل (تلقينا من)[3] الدليل وإلا فالأصل هو الاعتبار، ويمكن أن يقال: لو اعتُبر نقصان العقل في (خطاب الشرع)[4] أدّى إلى تعطيل الحدود وإبطال السياسات الشرعية مع امتساس الحاجة إليها، وإن[5] لم يؤثر نقصان العقل في الحدود لما بينا ففي غيرها أولى، وأما هاهنا يمكن اعتبار نقصان العقل؛ لأنه باعتباره لا يفوت النكاح فإن[6] المرأة وإن لم تتزوج بِمنع الشرع إياها عنه، فالولي يزوّج ويحصل المقصود والمطلوب، وباقي كلامهم لا يرد على شيء مما قلناه.

وأما فصل انعقاد النكاح بعبارة المرأة فبعض أصحابنا مَنَعَ، وقال: إنما سلبت العبارة؛ لأن في عقدها تعيير[7] الأولياء ولحوق الشين بجانبهم، وليس بشيء لأنه[8] لو كان لحقهم وجب إذا رضوا جاز كما إذا رضيت المرأة

---

(١) في (ز): أن.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): فلقيام.
(٤) في (ز): الخطاب.
(٥) في (ز): لأن.
(٦) في (ز): لأن.
(٧) في (ز): تغيير قلوب.
(٨) في (ز): فإنه.

والأولياء بغير الكفؤ[1] جاز، ولم يثبت الاعتراض لأحد، والأولى أن نقول: إن الكلام في أصل ملك النكاح والإنسان إذا لم يملك عقدًا بنفسه بحال ولم يكن (من أهله)[2] فكيف يملك بتفويض غيره؟ ولأن عبارتها في إرقاق نفسها باطلة، ولا أهلية لها في ذلك أصلًا، فلا تستفيد بإذن أحد وليس كما لو وكّلها بالطلاق حيث يصح ولا تملك بنفسها؛ لأنا نقول: ذلك التوكيل في الحقيقة تعليق فكأنه علّق طلاقها بقولها «طلقتُ نفسي» وهذا أحد وجهي الأصحاب، وعلى أن سلب العبارة مزيد احتياط وَرَدَ من الشرع في النكاح، وهي محل مزيد الاحتياط والمقصود هو أن ينسدّ الباب من كل وجه ولو جوّزنا بعبارتها لم نأمن أن يتساهل بعض الولاة فيفوض الأمر إليها ظنًا منه، أنها تحتاط وتنظر لنفسها، فتُخلِفَ ظنّه وتُذهب حرمَة النكاح.

وعلى هذا الجواب لا يرد فصل الطلاق وإن جعلناها وكيلًا (من الزوج)[3] وهو جواب معتمد مزيل للإشكال بحمد الله تعالى، وإذا وصلنا إلى هذا الموضع فما بقي إلا فصل الإقرار واختيار الأزواج وقد أكثر الأصحاب في الجواب عن الإقرار ولا أرى فيها معتمدًا، والصحيح من الجواب[4] هو التخريج على الطريقة وذلك أن عندنا إنما يصح الإقرار إذا قالت: زوّجَني وليّ، وإذا كانت[5] كذلك[6] فيكون النكاح صادرًا من الولي

---

(١) في (ز): كفؤ.

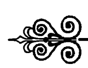
(٢) في (ز): له أهلًا.

(٣) في (ز): للزوج.

(٤) في (ز): الأجوبة.

(٥) في (ز): قالت.

(٦) في (ز): ذلك.




متوفرًا، عليه مصالحه ومقاصده، فلا يشبه نكاحًا صَدَرَ من المرأة فيخرج على ما ذكرنا. فإن قالوا: إنما ظهر النكاح بقولها[1]. قلنا: نحن إنما منعناها من إنشاء النكاح لمعنىً لا يوجد في إظهار النكاح، ولهذا[2] لم يُكره لها الإقرار بل أُمرت بذلك، وكُره لها مباشرة عقد النكاح، وهذا لأنا لو لم نجوّز إقرارها أدّى ذلك إلى مفسدة عظيمة فإن الشهود ربما يموتون[3] فإذا لم يقبل إقرارها بالنكاح لم يوصل إلى معرفة النكاح أصلًا، فيؤدي إلى تفويت أنكحة كثيرة على الناس ولا يخفى ما فيه من المفسدة. وأما فصل اختيار الأزواج فموضع التسليم في الثيب، ونحن وإن جعلنا الاختيار إليها فاختيار الولي داخل على اختيارها لأنه ينظر في اختيارها[4] فإن كان مختارًا يعقد[5] وإلا فلا[6] يعقد وإنما جعلنا ذلك القدر إليها لأنها أبصر بموضع الحظ لها، وأعلمُ بمحل الإلفة والمودة والمقصود له وعلى أن الاختيار ليس بإرقاق وإنما هو مجرد اختيار، فإذا انضم نظر الولي إلى اختيارها حصلت المقاصد والفوائد وذهب الضرر من العقد في مقابلتها وتمحض مصلحة، وهذا لا يوجد إذا كان [١٩٤/أ] النكاح باختيار المرأة وعقدها، وأما باقي الكلام فلسنا نحتاج إلى الجواب عنه، وقد ذكرنا في التعليق ما قيل عليه. والله أعلم.

(١) في (ز): بقول المرأة.
(٢) في (ز): ولذلك.
(٣) في (ز): ماتوا.
(٤) في (ز): مختارها.
(٥) في (ز): عقد.
(٦) في (ز): لم.

※ (مَسْأَلة):

يجوز للأب والجد إجبار البكر البالغة على النكاح عندنا[1].

وعندهم: لا يجوز وليس لهما ذلك[2].

❖ لنا:

قوله ﷺ: **(الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها)**[3] وفي رواية: **(الثيب أحق بنفسها)**[4] ووجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه جعل الثيب أحق بنفسها من وليّها، فدل أن وَلي البكر أحق بنفسها منها، ودليل الخطاب حجة، ووجه كونه حجة أن تخصيص ذكر الثيب ظاهر في التفريق بينها وبين البكر، فالظواهر حجة، ودليل كونه ظاهرًا أن قوله ﷺ: **(في الغنم السائمة الزكاة)**[5] فقوله: **(في الغنم)** يفيد[6] تعميم الوجوب في السائمة والمعلوفة فلما خص السائمة بالذكر وقيد اللفظ العام بهذا الوصف، فالتقييد يفيد غلبة الظن في التفريق، وغلبة الظن في اعتبار الأشباه حجة فلأن

---

(١) الأم: ١٧/٥، النكت ورقة: ٢٠/أ، روضة الطالبين: ٥٣/٧ ـ ٥٤، شرح صحيح مسلم للنووي: ٢٠٣/٩، مغني المحتاج: ١٤٩/٣.
وبه قال الحنابلة إلا أنهم خالفوا في الجبر، فقالوا: ليس له ذلك، وهو المذهب، وعليه الأصحاب. ينظر: المغني: ٤٠/٧، الإنصاف: ٤٧/٨.

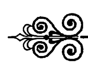
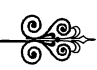
(٢) الأسرار: كتاب النكاح: ص ١٥٩، البحر الرائق: ١١٨/٣.

(٣) رواه مسلم في صحيحه: ٢٠٤/٩ مع النووي، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح.

(٤) رواه مسلم في صحيحه: ٢٠٥/٩ مع النووي، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح.

(٥) في (ز): زكاة.

(٦) في (ز): يقتضي.

يكون في قول الرسول حجة أولى وأحرى ووجود غلبة الظن للمستمعين معلوم قطعًا فإن كل ما ذكروه من فائدة التخصيص ليس بظاهر والتفريق ظاهر، و[١] إذا ثبت في هذه الصورة فكذلك في الخبر الذي أوردنا[٢]؛ لأن قوله: **(الثيب أحق بنفسها من وليّها)** المراد منه المرأة الثيب، وقوله: **(المرأة)**، عام وقد خص الثيب من اللفظ العام، فهذا على مثال قوله: **(في الغنم السائمة زكاة)**[٣].

يبينه: أن القياس حجة شرعية وغاية ما يفيده[٤] غلبة الظن فإذا[٥] وجدنا ذلك من نص الرسول استغنينا عن القياس وإذا قررنا[٦] على هذا الوجه سقط كل سؤال يقولونه على الخبر.

وأما الأخبار التي يروونها فلا يثبت عن النبي عليه السلام إلا الأمر باستئذان البكر، وهو معمول به عندنا على سبيل[٧] الاستحباب بدليل ما بيَّنَّا من الخبر، وهو مثل استئذان النساء في نكاح بناتهن. وأما ما يتعلقون به أن النبي عليه السلام ردّ نكاح بكر زوّجها أبوها على كُرهٍ منها فلا يثبت أصلًا على هذا الوجه، وإنما أصل هذه الأخبار حديث الخنساء، وقد كانت ثيبًا زوّجها أبوها بغير رضاها فرد النبي صلى الله عليه نكاحَها، وقد حَمَلَ الأصحاب تلك الرواية على أن النكاح كان من غير كفؤٍ وهو محتمل غير أن الأولى أن لا يُقبل الخبر

---

(١) في (ز): وإذا.

(٢) في (ز): أوردناه.

(٣) في (ز): الزكاة.

(٤) في (ز): يفيد.

(٥) في (ز): وإذا.

(٦) في (ز): قررناه.

(٧) في (ز): طريق.

أصلًا، والذي يروون أن النبي ﷺ قال: (**تُستأمر البكرُ في نفسها فإن سكتت فقد رضيت وإن أبت فلا جواز عليها**)[1] فليس الخبر على هذا الوجه، وإنما ورد الخبر على معنى هذا اللفظ في اليتيمة، واليتيمة هي التي لا أب لها ولا جد. وعندنا لا يجوز لغير الأب والجد إجبار البكر البالغة على النكاح[2]، ولا تزويج الصغيرة أصلًا، فالخبر في اليتيمة البالغة البكر، وسمّاها يتيمة على طريق المجاز، فهذا[3] الذي قلنا[4] سبيل[5] الأخبار التي يروونها وبيان ما يصح منها على الإتقان[6] والثبت[7]، وذكرنا تأويل[8] ما ثبت منها.

وأما الخبر الذي رويناه معتمد[9] في بابه، وأما الكلام من حيث المعنى فقد تعلق الأصحاب بفصل الاكتفاء بالسكوت ومحل الإلزام فيما لو زوّجها ابتداءً من غير استئذان وهي ساكتة عندهم يجوز وإن لم يوجد إذنُها في هذه الصورة أصلًا؛ لأن السكوت ليس بإذن حقيقة وإنما صار إذنًا بالشرع، والشرع وَرَدَ بالاكتفاء بالسكوت بعد الاستئذان، والسكوت قبل الاستئذان ليس (في معنى السكوت)[10] بعد الاستئذان؛ لأن الاستئذان خطاب والخطاب يستدعي

(١) رواه النسائي في سننه: ٦/٦٩، ٧٢، والترمذي في سننه: ٢/١٨١ مع تحفة الأحوذي، والدارقطني في سننه: ٣/٢٢٩ ـ ٢٤٠، وأحمد في المسند: ٤/٣٩٤، ٢/٤٠٨، ٤١١.
(٢) ستأتي مسألة مستقلة.
(٣) في (ز): وهذا.
(٤) في (ز): ذكرنا.
(٥) في (ز): مسلك.
(٦) في (ز): الاتفاق.
(٧) ليست في (ز).
(٨) ليست في (ز).
(٩) في (ز): فمعتمد.
(١٠) في (ز): كالسكوت.

الجواب، وهي تستحي من الجواب (بالإذن قطعًا ولا تستحي من الجواب)[1] بالرد فالشرع جعل السكوت إذنًا من حيث الاستدلال لأنها لو كانت ساخطة لأجابت بالرد؛ لأنها لا تستحي من الرد، فحين[2] لم تَرُد دل أنها راضية، ومثل هذا لا يوجد إذا زوّجها ابتداءً؛ لأنه لم يسبق خطاب يقتضي جوابًا حتى يجعل السكوت جوابًا بالإذن من حيث الاستدلال، ومع ذلك جاز النكاح عندهم، فثبت أن (النكاح في حق)[3] البكر غير مفتقر صحته إلى الرضا، والإذن أصلًا حيث جوّزوا في هذه الصورة النكاح، هذا غاية الإمكان في طريقة المشايخ إلا أنهم يقولون: هَبْ أنه لم يسبق الاستئذان[4] ولكن هذا الاستدلال قائم في الصورة الثانية لأنها لو كانت ساخطة لردت[5] وأظهرت السخط فَلَمّا، سكتت ولم تُظهر سخطًا عرفنا أنها راضية، ومن حيث المعنى والصورة كلتا الصورتين واحدة[6]، فلا يختلف بأن يتقدم الاستئذان أو لم يتقدم، وَمَنَعَ بعضُ[7] أصحابنا أن يكون السكوت إذنًا أصلًا، وهذا بعيد؛ لأن الشرع نص عليه وقال: (**إذنها سكوتُها**[8])[9]، وهو لفظ ثابت؛ لأنه[10]

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٢) في (ز): فلما.

(٣) في (ز): نكاح.

(٤) في (ز): استئذان.

(٥) في (ز): ردت.

(٦) في (ز): واحد.

(٧) ليست في (ز).

(٨) في (ز): صماتها.

(٩) رواه مسلم في صحيحه: ٩/٢٠٥ مع النووي، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت.

(١٠) في (ز): لأن.

(قد ثبت)[١] بالإجماع أن[٢] السكوت إذنًا، أما عندهم فظاهر [١٩٤/ب].

وأما[٣] عندنا يُستحب بل يُسَن استئذان البكر عملًا بالخبر، وإذا سكتت نقول قد حصل الاستئذان فلا ينبغي أن يعتمد في المسألة على فصل السكوت لما بيَّنَّا[٤]، ولأنه محض تعلق بحكم ولابد من بيان المعنى الذي لأجله جاز الإجبار، فنقول: الولاية مستمرة بعد البلوغ، وليس في الإجبار تفويت رأي عليها، فجاز الإجبار، أما استمرار الولاية فلما بيَّنَّا أن النكاح في حق النساء من المضار وإنما جاز لنوع[٥] حاجةٍ وعلة الحاجة الأنوثة[٦]، فصارت الأنوثة علة الولاية، فبقيت الولاية ببقاء الأنوثة، وأما قولنا: أنه ليس في إجبارها تفويت رأي عليها؛ لأن الرأي في النكاح يكون بوجود علم (في النكاح)[٧]، والعلم بأمر النكاح لا يوجد للأبكار؛ لأنه ليس بعلم نظري حتى يستفاد بالعقل، وإنما هو علم مرجعُه إلى الحس؛ لأنه عقد لقضاء الشهوة، والشهوة حسيّة مثل الذوق[٨] والبصَر والسمع واللمس والعلم بالمحسوسات لا يتصور إلا بوجودها.

يبينه: أن الأمر[٩] بالنكاح إما أن يكون بالخبر أو بالتجربة، والبكر

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): يكون.
(٣) في (ز): و.
(٤) في (ز): بيناه.
(٥) في (ز): لنوع مصلحة و...
(٦) في (ز): هي الأنوثة.
(٧) في (ز): بالنكاح.
(٨) في (ز): الذوق والشّم.
(٩) في (ز): العلم.




تستحي من الاستخبار والتجربة مفقودة دلّ[1] أنه لا علم لها بأمر النكاح، وإذا فُقِدَ العلم فُقِدَ الرأي، مثل ما لو فُقد أصل العقل يُحكم بفقد الرأي وإذا ثبت أنه ليس في الإجبار تفويت رأي عليها، والولاية ثابتة وحق الولاية في العقود الإجبار على العقود بدليل الصغار.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: حرة عاقلة بالغة، فلا يجوز إجبارها على النكاح كالثيّب، وهذا لأن النكاح عقد مصلحة في حق الرجال والنساء جميعًا، لأنه إن كان معقودًا لقضاء الشهوة فهو من الجانبين بل في جانبها أوفر؛ لأن الرجل متعين لقضاء شهوة المرأة، وهذه المرأة غير متعينة لقضاء شهوة الرجل، وإن كان معقودًا لطلب الولد فالولد لهما، بل هذا المقصود في جانبها أبين[2]؛ لأنها تقطع بكون الولد منها دون الرجل وإن كان لمصالح المعيشة فهي أيضًا ثابتة من الجانبين، بل جانبها أتم في هذا الباب من جانب الرجل؛ لأن الرجل قوّام عليها بالإنفاق، وإصلاح أمور المعيشة. وربما يقولون: هو لمصلحة السكن بدليل نص الكتاب وهو من الجانبين قطعًا، وإذا كان عقد مصلحة من جانب المرأة مثل ما أنه عقد مصلحة من جانب الرجل فكانت[3] الولاية ثابتة على المرأة بعلة الصغر مثل الولاية على الرجال.

وقولكم: إن النكاح رق فهو على طريق المجاز، ولا رق حقيقة ولئن ثبت نوع رق بالحبس والمنع من الأزواج فهو لتتمم مصالح النكاح، ولأن

---

(١) في (ز): فدل.
(٢) في (ز): أتم.
(٣) في (ز): كانت.

أظهر المصالح هو الولد والسكن ولا يتم مصلحة الأنساب ومصلحة السكن والإلفة إلا بحبسها في البيوت ومنعها من الأزواج؛ لأنها إذا خرجت وبرزت[1] وتبرّجت طلبت الرجال وكذلك إذا أطلق لها الشرع التزوج فسدت الأنساب وانقطع حبل السكن والمودات وإذا تضمن هذا الضرر فتتميم مصالح العقد لم يُعدّ ضررًا. وربما قالوا: إن كان فيه ضرر فقد صار مجبورًا بالمهر وصار الضرر كأنه لَا ضَرَرَ فالتحق[2] الوجود بالعدم فيحقق[3] أن جانبها كجانبه. قالوا: وأما ثبوت الولاية بعد البلوغ فلا حقيقة لها، وإنما الثابت ولاية ندبيّة واستحبابيّة على ما سبق بيانه، وهي[4] نوع نظر لجانب[5] النساء. قالوا: وأما قولكم: إنه لا رأي لها في أمر النكاح. فليس كذلك؛ لأنها بعقلها تعلم حاجتها إلى الرجال، وتعلم أن هذه الحاجة لا تصير مقضية إلا برجل وهذا؛ لأنها تحسّ من نفسها شهوة طبيعية ونعلم قطعًا أن مقصودَها لا يحصل إلا بالرجال، وأما العلم عن التجربة[6] فلا تعتبر بدليل المال، وبدليل جانب الغلام.

والحرف لهم: أن الهداية العقلية كافية في هذه الأمور مثل الأموال سواء، فصار[7] البكر والثيب سواء من هذا الوجه.

---

(١) زيادة من (ز).

(٢) في (ز): والتحق.

(٣) في (ز): وتحقق.

(٤) في (ز): وهو.

(٥) في (ز): في جانب.

(٦) في (ز): تجربة.

(٧) في (ز): فصارت.

وقد استدل كثير من أصحابهم بفصل المطالبة وهو أنها إذا طالبت[(١)] النكاح وجبت على الولي الإجابة وإذا وجبت الإجابة عند طلبها دل أن الأمر إليها.

يبينه: أن إلزامه العقد فوق امتناعها من عقده فإذا قدرت على إلزامه العقد فَلأن تقدر على الامتناع أولى. قالوا: وأما تعلق[(٢)] أصحابكم من قبض الأب صداقها بغير إذنها (على النقد)[(٣)] يبطل بالثيب الصغيرة (على أصلكم)[(٤)] يقبض أبوها صداقها إذا وطئت بالشبهة ولا يزوجها وعلى أن هذا دليل الرضا وقد وُجد، لأن العادة أن الآباء يباشرون قبض صداق البنات الأبكار، وقد وُجد منها الإذن عادة إن لم يوجد صريحًا، والدليل في العادة كافٍ، كما لو قدّم الطعام بين يدي الغير ولم يأذن له حتى لو تصرف فيه أو أخذه لم يضمن.

❁ **الجواب:**

أما التعلق بالحرية والبلوغ العقل فليس بصحيح مع وجود نقصان [١٩٥/أ] الأنوثة، والدليل عليه استمرار الولاية.

وقولهم: إنه لا ولاية عليها حقيقة، قلنا: وُجد[(٥)] الدليل على ما قدّمنا،

---

(١) في (ز): طالبت الولي.

(٢) في (ز): ما تعلق به.

(٣) في (ز): قالوا.

(٤) ليست في (ز).

(٥) في (ز): وجه.

والذي قالوا أن الولاية ندبية[1] واستحبابية لدفع الشين عنها.

قلنا: لا شين، لأنه عقدٌ حلال ولأنه لا ولاية عليها في الطلب، بل الطلب طلبُها[2] على الإطلاق والنسبة إلى الوقاحة يوجد[3] في الطلب حسب ما يوجد في المباشرة.

وأما قولهم: إن النكاح عقد مصلحة في جانب النساء.

قلنا: مصلحة وضعيّة أو مصلحة عَرَضَيّة، فإن قلتم وضعيّة فلا، لما قلنا، وإن قلتم عَرَضَيّة فنعم، بسبب الحاجة، كقطع اليد عند الآكلة مصلحة عَرَضَيّة لا وَضَعَيّة.

يبينه: أن الوطء في حق[4] الأبكار عُقر وجرح واستذلال وامتهان، وعُقر الوطء كأرش الجرح، ودليل الاستذلال والامتهان الحس والعيان، ولهذا[5] لا يجوز للكافر (أن يتزوج بمسلمةٍ)[6] صيانة لها عن استذلال الكافر إياها، وهو معتمد وغاية ما قالوا على هذا: أن فيه شبهة ذل، فجاء الشرع بإكرام المسلمة بالمنع منها، والكلام قائم وليس بشبهة بل ذل حقيقة، وأما[7] الذي قالوا من وجود المصالح من الجانبين فنحن لا ننكر هذه

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): إليها.

(٣) في (ز): موجود.

(٤) زيادة من (ز).

(٥) في (ز): ولذلك.

(٦) في (ز): نكاح المسلمة.

(٧) ليست في (ز).

المصالح لكن المضرة الحسية لا تذهب بهذه المصالح بدليل بفصل (النكاح للمشرك في حق المسلمة)[1] وكذا الجواب عن قولهم: أن الحبس والمنع لتتميم المصالح وعلى أن وراء الحبس ضررًا آخر، وهو ما يحصل بالاستفراش، فإنا إذا قابلنا حال المرأة بحال الرجل كان جانبها في نهاية الذل وجانبه في نهاية العز، وأما الجبر بالمهر فليس بشيء؛ لأن المذلة في النفس لا تنجبر بشيء، لأن الجبر إنما يقع بما يقابل ذلك[2] الشيء، والمال لا يقابل النفس. فإن قالوا: يقابل بدليل الأرش في قطع اليد والدية في قتل النفس فذاك بحكم ضرورة، والكلام في مقابلة تثبت ابتداءً لا ضرورةً.

وأما قولنا: لا رأي لها بأمر[3] النكاح فصحيح بدليل ما بيَّنّا.

وقولهم: إن العلم بأمر النكاح لها يحصل ببلوغها عن عقل. قلنا: قد ذكرنا أن هذا من الأمور الحسية وليس من الأمور النظرية ولأنه يجتمع في الوطء موضع اللذة وموضع القهر ولا يقع تمييز[4] بين هذين إلا بالامتحان[5] وأيضًا فإن مجرد علمها أن هذه الشهوة لا تقضي إلا برجل لا يكفي في المشاورة والرجوع[6] فإن هذا[7] يوجد في المجنونة ولا رجوع إليها.

يدل عليه: أن النكاح في نهاية الحرمة فلابد من نهاية العلم فيه للمرأة،

---

(١) في (ز) نكاح المسلمة للمشرك.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): في أمر.
(٤) في (ز): التمييز.
(٥) في (ز): بامتحان.
(٦) في (ز): والرجوع إليها.
(٧) في (ز): ذلك.

حتى يكون معها مشاورة، واليها فيه رجوع وذلك بالتجربة والامتحان؛ لأن بذلك يحصل نهاية العلم للنساء، وأما بمجرد العقل والبلوغ فلا، وأما فصل الغلام والمال فهو خارج على القاعدة[1] ومعرفة الربح والفضل من الأمور العقلية دون الحسية، فليس يدخل على ما ذكرنا[2] والنكاح في حق الغلام (ليس من المضار بل هو من المبارّ فصار النكاح في حق الغلام)[3] مثل التصرف في المال من الجانبين.

وأما فصل المطالبة فيدخل عليه فصل[4] طلب صاحب المال الإمامَ[5] بالأخذ وإجبار الإمام إياه بالأداء وعلى أن عندنا ليس طلب المرأة إلا إظهار الحاجة إلى النكاح ولهذا لا يصح تعيينها الزوج[6] ثم إذا عرف الولي حاجتها وجب التزويج شرعًا كالصبي يشتهي الطعام يجب على الولي إطعامه، وهذا لأنه ولي التزويج، فعند الحاجة لابد من التزويج، كما أن القيّم ولي القيام بمصالح الصبي فعند الحاجة لابد من القيام. والله أعلم.



(١) في (ز): ما ذكرنا.
(٢) في (ز): قلناه.
(٣) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): للإمام.
(٦) في (ز): للزوج.

❊ (مَسْأَلة):

لا يجوز للأب تزويج الثيب الصغيرة عندنا[1].

وعندهم: يجوز[2]، (وكذا الخلاف في الجد)[3].

❊ **لنا:**

قوله ﷺ: **(الثيب أحق بنفسها من وليها)**[4] ولم يفصل بين البالغة والصغيرة، فإن قالوا: إنما تكون أحق بنفسها[5] إذا كانت بالغة. قلنا: الثيابة تجعلُها أحق بنفسها بقدر الإمكان فبعد البلوغ بأن لا يجبر وتأذن وقبل البلوغ بأن لا تُجبر وإن لم يكن إليها إذن[6] للصغر.

وأما المعنى فنقول: تزويج الثيب الصغيرة إضرار محض فلا يجوز وإنما قلنا «إضرار محض»، لأن النكاح في حق النساء من المضار كما بيَّنا[7]، وإنما صار مصلحة بالحاجة، والحاجة مفقودة في حق الصغير[8]، فتمحض النكاح ضررًا والإضرار حرام، فوجب انتظار أوان[9] الحاجة إذا أمكن

(١) النكت ورقة ١٩٩/ب، المنهاج مع شرحه المغني: ١٤٩/٢، روضة الطالبين

(٢) الحجة: ١٤١/٢، المبسوط: ٢١٤/٢، مختصر القدوري: ١٠/٢ مع الجوهرة، الأسرار: كتاب النكاح: ص ١٥٣، فتح القدير: ٢٥٥/٣.

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٤) تقدم تخريجه في ص ٣٣.

(٥) ليست في (ز).

(٦) في (ز): الإذن.

(٧) في (ز): بيناه.

(٨) في (ز): الصغيرة.

(٩) في (ز): زمان.

الانتظار، وقد أمكن الانتظار في الثيب الصغيرة، فينتظر ولا يمكن في البكر على ما سنبين.

۞ **وأمّا حجّتهم:**

فإنهم[1] ذهبوا إلى ما بيَّنا[2] من أن النكاح عقد مصلحة من الجانبين فيعلل[3] بالصغر كالعقد على المال والصغر موجود في الثيب الصغيرة، قالوا: وأما الضرر الذي قلتموه فقد تكلمنا عليه، وفصل اعتباره الحاجة يدخل عليه البكر، فإنه يجوز تزويجها مع فقد الحاجة، فلا ينتظر البلوغ.

قالوا: أو على أن الحاجة في مسألتنا موجودة وهي [١٩٥/ب] حاجة الكفؤ فإنه من أهم شأن النساء في باب النكاح، وليس يتفق الكفؤ في كل وقت، وربما يتفق في حال الصغر ولا يتفق بعد الكبر فيصير المنع من النكاح[4] ضررًا في حقها، وتكلموا على قول أصحابنا: إنها صارت خبيرة بالرجال، فقد وُجدت لها رأي في أمر النكاح، قالوا: هذه الخبرة وهذا الرأي غير معتبر في حال الصغر؛ لأن الخبرة والرأي إنما تعتبر إذا كان[5] عن عقل، فأما إذا كان (لاعن)[6] عقل فلا تعتبر، وعقل الصغيرة والصغير كالمعدوم، فنزل ذلك منزلة المجنونة، وفي المجنونة الثيب يجوز إجبارُها على النكاح فصارت

---

(١) زيادة من (ز).

(٢) في (ز): بيناه.

(٣) في (ز): فنعلل.

(٤) في (ز): التزويج.

(٥) في (ز): كانا.

(٦) في (ز): لم يكن.




إصابتُها بمنزلة العدم كذلك هاهنا، ولأن إصابة الصغيرة محض إيلام وإتعاب وليس لها فيه لذة أصلًا فكيف (يجوز أن)[1] يقال حدث[2] لها رأي، وعلم بهذه الإصابة؟ وكيف تعرف (بهذا موضع اللذة وموضع القهر)[3]؟.

الجواب:

أنا قد أجبنا عن طريقتهم بما فيه كفاية، وأما فصل البكر فيمكن أن يقال أن القياس أن لا يجوّز، وإنما جوَّزنا بالنص وهو تزويج أبي بكر الصديق عائشة رضي الله عنها من رسول الله صلى الله عليه وكانت صغيرة[4]، والجد بمنزلة الأب ثم نقول: أنا قد بيَّنا أن عقد النكاح جاز للحاجة فينتظر أوان الحاجة و(زمانه، وزمان الحاجة)[5] هو زمان البلوغ، هذا في الثيب، أما في البكر فلا يعتبر وجود حقيقة الحاجة، ولكن يُعتبر وجود سبب الحاجة، وهو الأنوثة، وإنما فعلنا كذلك[6] لأنه قام الدليل لنا على أن إجبار البكر البالغة على النكاح جائز، وإجبار الثيب البالغة لا يجوز وإذا جاز إجبار البكر البالغة والبلوغ في الصغيرة متيقن إلا أن تموت، فلم يكن للانتظار معنى وفائدة، فأقمنا سبب الحاجة مقام (حقيقة الحاجة)[7]، أما في الثيب الصغيرة فالانتظار

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): أن يحدث.

(٣) في (ز): العبارة هكذا: «وبمثل هذه اللذة وهي موضع القهر».

(٤) رواه البخاري في صحيحه: ٩/١٩٠ مع الفتح، كتاب النكاح، باب إنكاح الرجل ولده الصغار.
ومسلم في صحيحه: ٩/٢٠٨ مع النووي، كتاب النكاح، باب جواز تزويج الأب البكر الصغيرة.

(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٦) في (ز): وذلك.

(٧) في (ز): حقيقتها.

يفيد؛ لأن إجبارها بعد البلوغ لا يجوز فإذا انتظر زوّجها[1] برضاها، وقبل انتظار[2] البلوغ يزوّجها بغير رضاها، فرجعنا إلى حقيقة الحاجة، وقلنا: لا يجوز ما لم توجد حقيقة الحاجة[3].

يبينه: أنه إذا كان تجبر البكر البالغة على النكاح لم يتضمن إنكاحُها قبل البلوغ تفويت شيء عليها، فكان العقد نظرًا، وأما في الثيب الصغيرة لم يجز إجبارها على النكاح قبل البلوغ لتضمن إنكاحها تفويتًا وهو تفويت الإذن عليها بعد البلوغ، فلم يكن العقد عقد نظر، بل كان عقد ضرر، وخرج الثيبُ المجنونةُ على الطريقة؛ لأن الحاجة ماسة حقيقة للمجنونة، فجاز العقد.

وقولهم: إن حاجة الكفوء موجود قبل البلوغ.

قلنا: إذا كان العقد للحاجة فيعتبر فيما يُعقد عليه العقد لا في غيره وعلى أن الكفوء لا يفوت في وقتٍ مَّا لمن يطلبه، واعلم أنا مشّينا المسألة من غير أن نتعرض لرأي الصغار وخبرتهم وهو الأولى. والله أعلم بالصواب.



(١) في (ز): تزويجها.
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).



❋ **(مَسْأَلَة):**

لا يجوز لغير الأب والجد تزويج الصغير والصغيرة عندنا(١).

وعندهم: يجوز(٢).

❋ **لنا:**

قوله عليه السلام: **(تُستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فقد رضيت، وإن أبت فلا جواز عليها)**(٣)، وفي رواية أخرى **(لا تُنكح اليتيمة حتى تُستأمر في نفسها)**(٤)، وفي قصة ابن عمر **(أنها يتيمة وأنها لا تُنكح إلا بإذنها)**(٥).

واليتيمة: هي الصغيرة التي لا أب لها، ولا جد، وقد منع الشرع عن(٦) نكاحها إلا بعد استئمارها، فإن قالوا: كيف تُستأمر وهي صغيرة؟.

قلنا: يتربص إلى أن تبلغ فتُستأمر، قالوا: فحينئذ لا تكون يتيمة.

---

(١) الأم: ١٧/٥، النكت ورقة: ٢٠٠، رؤوس المسائل لسليم الرازي ورقة: ٣٧/أ، مغني المحتاج: ١٤٨/٣.

(٢) الحجة: ١٤١/٣، المبسوط: ٢١٣/٤، الأسرار: كتاب النكاح: ص ١٧٤، مختصر القدوري: ١٠/٢.

(٣) رواه النسائي في سننه: ٧٩/٦ ـ ٨٠، والدارقطني: ٢٣٩/٣ ـ ٢٤٠.
والترمذي: ١٨١/٢ مع تحفة الأحوذي.

(٤) المصادر السابقة.

(٥) رواه الدارقطني في سننه: ٢٢٩/٣ ـ ٢٣١.
والبيهقي في سننه: ١١٣/٧.
وأحمد في المسند: ١٣٠/٢.

(٦) في (ز): من.

قلنا: نكاح اليتيمة باستئمارها، هكذا يكون ولا يتصور إلا كذلك فيحمل الخبر عليه ضرورة، فإن قالوا: ينبغي أن يُحمل الخبر على البالغة.

قلنا: لا يمكن؛ لأنها لا تكون يتيمة، وقد أجمع أهل اللغة وأهل العلم أن اليتيمة لا تكون يتيمة إلا في حال الصغر ولئن[1] سميت البالغة يتيمة فذلك[2] يكون مجازًا.

وقد استدل المخالفون بظاهر قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ﴾ ﴿مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[3] الآية، وبقول عائشة رضي الله عنها في تفسير الآية على ما عُرف، وأُورد في صحيح البخاري[4]، وكذلك تعلقوا بقوله: ﴿فِى يَتَٰمَى ٱلنِّسَآءِ ٱلَّٰتِى لَا تُؤْتُونَهُنَّ﴾[5] الآية، فذكر الرغبة في نكاح اليتيمة ولم يعقبها بإنكار.

يبينه: أنه تعالى ذكر المانع من نكاح اليتيمة بترك إيتاء ما كُتِبَ لها لا أن اليتيمة لا تكون محل[6] النكاح، وبما روى أنه عليه السلم زوَّج بنت حمزة من عمر بن أبي سلمة وهي صغيرة[7].

والجواب عن تعلقهم بالآيتين مشكل جدًا ويمكن أن يُحمل على نكاح

---

(١) في (ز): إن، ينظر: لسان العرب مادة (يتم) ١٢٢/١٦.

(٢) ليست في (ز).

(٣) سورة النساء، آية: ٣.

(٤) صحيح البخاري: ١٠٤/٩ مع الفتح، كتاب النكاح.
ومسلم في صحيحه: ١٥٤/١٨ ـ ١٥٥ مع النووي، كتاب التفسير.

(٥) سورة النساء، آية: ١٢٧.

(٦) في (ز): محلًا للنكاح.

(٧) رواه البيهقي في سننه: ١٢١/٧ ـ ١٢٢، وقال: هذا إسناد ضعيف.

اليتيمة بعد البلوغ فيكون المعنى: وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى بعد البلوغ، وهو وإن كان مجازًا ولكن يحمل عليه بدليل النص الذي ذكرناه عن الرسول ﷺ، والسنة مبينة [١٩٦/أ] للكتاب، وبُعث النبي عليه السلام شارحًا مفسرًا له، قال الله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ﴾[١] الآية.

وأما حديث بنت حمزة فلئن[٢] ثبت فإنما زَوَّج[٣] بولاية النبوة لا بولاية القرابة، لأنه[٤] لو كان بولاية القرابة فيكون[٥] العباس رضي الله عنه أولى (من ابن العم)[٦].

وأما الكلام من حيث المعنى فنقول: ليس في إثبات ولاية غير الأب والجد على الصغيرة والصغير نظر. والولاية النظرية لا تثبت (من غير نظر)[٧] ونعني بالنظر النظر التام، وإنما قلنا: لا نَظَرَ وذلك لأن أهلية النظر غير كافيةٍ لثبوت الولاية بدليل الأجنبي فلابد إذًا من وجود باعث على النظر والباعث على النظر هو الشفقة وهي ناقصة في حق الأخ والعم، فانتقص النظر من هذا الوجه والولاية على الصغار لا تثبت بنظر ناقصٍ؛ لأن تفويض النكاح من الشرع إلى ناقص النظر ترك النظر والشرع لا يترك النظر في حق الصغير، ولهذا[٨] لم

---

(١) سورة النحل، آية: ٤٤.

(٢) في (ز): فإن.

(٣) في (ز): زوجها ﷺ.

(٤) في (ز): فإنه.

(٥) في (ز): كان.

(٦) في (ز): العبارة هكذا: «من النبي ﷺ لأن العم أولى من ابن العم».

(٧) في (ز): بغير النظر.

(٨) في (ز): ولهذا المعنى.

يثبت له[1] الولاية على المال بل هذا أولى؛ لأن أمر البُضع أهم من أمر المال، فإذا لم تثبت الولاية في المال لنقصان النظر فلأن لا تثبت على البضع أولى، والكلام على هذا الوجه أحسن مما كُنّا قلناه من قبل أن ولاية الاستبداد ولاية كاملة، والولاية الكاملة لا تثبت بسبب ناقص، ودليل نقصان السبب عدم البعضية فإنهم لا يسلّمون نقصان السبب ويقولون: السبب في الأخوة كامل لا مزيد عليه، وأمّا نقصان النظر بنقصان الشفقة التي اعتمدنا عليه في نهاية[2] القوة لا يتصور منع في نقصان الشفقة، ولا في نقصان النظر، ولهذا[3] المعنى على أصلهم يثبت الخيار بعد البلوغ[4].

❁ **وأمّا حجّتهم:**

فإنهم[5] قالوا: الأخوّة سبب الولاية بدليل ما بعد البلوغ.

يبينه: أن السبب بعد البلوغ هو قرابة الأخوة وهي موجودة قبل البلوغ وزمان الصغر ادعى للولاية من زمان البلوغ، فإذا ثبت الولاية بعد البلوغ فلأن يثبت قبل البلوغ أولى وإذا ثبت الولاية ملك التزويج كالأب والجد.

يبينه: أن الكفؤ عزيز الوجود فيجوز أن يتفق في حال الصغر، ولا يتفق في حال الكبر، ففي منع الولاية ترك النظر للصغير والصغيرة. واستدلوا بفصل المال في أصل ثبوت الولاية، قالوا: اليتم لا يعطل الولاية بدليل ولاية المال،

---

(١) في (ز): لهما.
(٢) في (ز): غاية.
(٣) في (ز): وهذا.
(٤) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٢١٢، مختصر الطحاوي: ص ١٧٣، المبسوط: ٤/٢١٥.
(٥) زيادة من (ز).




وأما عدم ثبوتها للأخ والعم إنما[1] كان لأن الأب لا يخلو من وصيّ وَقَيِّمٍ في العادة، وإن خلى عن الوصي فالقاضي ينصب قيّمًا ويصير كأنه هو[2] الوصي، وأما في النكاح فالإيصاء فيه باطل والولاية فيه مقصورة على الأقرباء والقرابة الكاملة موجودة في حق الأخ والعم، وإن وجد في الأب والجد زيادة فلا تنكر غير أن تأثيرها في تقديمها على الأخ والعم لا في إفرادهما بالولاية دون الأخ والعم وسيذكرون على المال من وجه آخر وهو أولى من هذا الوجه بعد هذا.

قالوا: أما قولكم ليس في هذه الولاية نظر، قالوا: لا، بل فيها نظر بدليل[3] بعد البلوغ، وأما نقصان الشفقة فلا ننكره، غير أن أصل الشفقة موجود[4] فلوجود أصل الشفقة ثبت أصل النظر، فلم يجز تعطيل الولاية أصلًا خصوصًا إذا كان إليها نوع حاجة على ما سبق بيانه، وأما نقصان الشفقة فقد وفرنا عليه حظه وهو ثبوت الخيار بعد البلوغ، وأما أنتم فقد عطلتم أصل القرابة وأصل النظر، قالوا: وخرج على هذا المال لأن المال تكثر عليه العقود ولا يبقى عادة بعد البلوغ على ما كان عليه قبل البلوغ ليُتدارك نقصان الشفقة بإثبات فسخ العقد، والأخ قاصر الشفقة فكان من النظر الشرعي أن لا يثبت للأخ والعم لأنا لا نأمن فيه التقصير، وأيضًا فإن المال محل الخيانات الخفية وما يخفى كيف يتدارك؟ وأما مسألتنا فإن الأخ وإن كان ناقص الشفقة ولكن العادة أن البضع لا تتردد عليه العقود ولا تكثر فيبقى عقد النكاح بعد البلوغ

(١) زيادة من (ز).

(٢) ليست في (ز).

(٣) زيادة من (ز).

(٤) في (ز): موجودة.

ويُتدارك إن وقع فيه تقصير بإثبات الخيار، فكان من النظر الشرعي أن لا تتعطل هذه القرابة أصلًا ولا تتعطل اليتيمة عن الولاية في النكاح لجواز أن يمس إليها حاجة ثم لما كان في نظر الأخ قصور أثبت[1] الخيار بعد البلوغ ليحصل التدارك إن وقع فيه التقصير[2]، وألزموا[3] المجنونة يزوجها الأخ والعم، قالوا: وهذه المسألة تدخل على جميع ما قلتم، وأيضًا قالوا: ينبغي أن تثبت الولاية على الصغار للقضاة إن لم تثبت للأخوة والأعمام؛ لأن نظرهم كامل بدليل ثبوت ولاية المال لهم، هذه جملة معتمدهم [١٩٦/ب].

۞ الجواب:

أما تعلقهم بثبوت أهلية[4] الولاية (يمكن أن)[5] يقال[6]: إن عنيتم ولاية الاستبداد فلا نسلم، وإن عنيتم ولاية العقد مع المراجعة فمسلم، والأولى أن لا نسلم ثبوت ولاية العقد على الصغار أصلًا للأخ والعم فإنه لا يُعرف ثبوت الولاية (إلا بجواز العقد)[7]، وأما قولهم أن[8] بعد البلوغ تثبت.

قلنا: ليس هي[9] الولاية التي تكون قبل البلوغ، ألا ترى أنه لا بد من

---

(١) في (ز): يثبت.
(٢) في (ز): تقصير.
(٣) في (ز): وألزموا عليه.
(٤) في (ز): أصل.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): قلنا.
(٧) في (ز): العبارة هكذا: «العقد ولا يلزم العقد».
(٨) ليست في (ز).
(٩) ليست في (ز).



الاستئذان منها، ثم الجواب من طريق المعنى بالتخريج: وهو أن الولاية بعد البلوغ ليس (هو إلا مباشرة العقد)[١] فحسب، وأما الاختيار من قبلها وكذلك الطلب فقد صارت أحق بنفسها من سائر الناس، فغاية ما في الباب أن الأخ قاصر الشفقة إلا أن أصل الشفقة والنظر كافٍ في المباشرة؛ لأن الرضا والاختيار إليها، فأما الولاية قبل البلوغ فمحتاجة إلى نظر كامل لأنها ولاية العقد والاختيار، وليس إلى أحد شيء من هذا العقد، والنكاح فيه مقاصد ظاهرة ومقاصد باطنة، فلا يوصل إلى الكل إلا بشفقة كاملة وهي في الإخوة والأعمام مفقودة، ويمكن أن يقال: أن بأصل الشفقة يوصل إلى المقاصد الظاهرة، أما في المقاصد الباطنة لا يوصل إلا بكمال الشفقة، فيختل أمر النظر من هذا الوجه وخرج على هذا الأصل الأب والجد؛ لأن لهما شفقة كاملة، ويَكمُل لهما النظر بخلاف الأخ والعم، ولهذا المعنى لم يثبت الخيار في عقدهما، ويثبت الخيار في عقد الأخ عندكم[٢]، وظهر بما قلناه الجواب عن تعلقهم بوجود أصل الشفقة فأنا قد بينا أن هذا غير كافٍ.

وقولهم: (إن هذا)[٣] يؤدي إلى تعطيل أصل الشفقة.

قلنا: لا تعطيل لأنا اعتبرناها بعد البلوغ، ولأن السبب إذا لم يستقل بالمسبِّب فلا نبالي بتعطيله، وقد ذكرنا أنه لا يستقل.

وقولهم: إن لنقصان الشفقة أثبتنا الخيار.

---

(١) في (ز) العبارة هكذا: «إلا ولاية المباشرة».

(٢) ينظر: الأسرار: كتاب النكاح، ص ٢١٢، المبسوط: ٤/٢١٥.

(٣) في (ز): إنه.

قلنا: بهذا لا يكمل النظر من الشارع بل كمال النظر أن لا يجوز العقد أصلًا ؛ لأنا إذا جوّزنا فلا[1] نأمن أن لا يتفق قضاء القاضي بإثبات الخيار وأن يؤدي اجتهاده إلى أن لا يثبت الخيار أصلًا على ما يقوله (من أصحابكم ـ وهو أبو يوسف ـ)[2][3] وإن كان القاضي يرى ثبوت الخيار فلا نأمن أن لا يتفق الفسخ لعائقٍ[4] ولعدم مرافعةٍ فكان النظر التام[5] الكامل أن لا يجوز العقد أصلًا ، وأيضًا فإن الولايات تثبت للحاجة وأي حاجة إلى إثبات هذه الولاية على الصغار[6] ، وبهم غُنية عن النكاح ؟.

وقولهم: ربما تكون إليه حاجة لعدم الكفء في كل وقتٍ ، فليس بشيء ، فإن الكفء لا يفوت ولا يعوز في وقتٍ مّا ، ولأن هذا القدر لا يقع به جبر نقصان النظر ، وهذا كلام حسن غير أنه لا ينبغي أن يعتمد عليه على فصل الحاجة ابتداءً ، لأنه يدخل عليه فصل الأب والجد ، وإن أمكن الخروج عنه بالطريق الذي سبق في المسألة التي قبل هذه ، والمعتمد هو الأول في أصل المسألة ، وأما فصل الحاجة يؤيِّد به الكلام ويُفصَل بها بين الولاية في المال ، وبين الولاية في البضع في أصل ثبوتها ، وعدم ثبوتها ، فإنا[7] إنما أثبتنا[8]

---

(١) في (ز): لم.

(٢) في (ز): أبو يوسف من أصحابكم.

(٣) ينظر: الأسرار: كتاب النكاح ، ص ٢١٢ ، المبسوط: ٢١٥/٤ ، وبه قال الطحاوي في مختصره: ص ١٧٣.

(٤) في (ز): أو.

(٥) ليست في (ز).

(٦) في (ز): الأصاغر.

(٧) في (ز): لأنا.

(٨) في (ز): أبقينا.




الولاية في المال؛ لأن في ترك إثباتها ضرر عظيم على الصغار، فإن المال إذا لم يُتَصرَّف فيه تأتي عليه المؤن وتتلفه بخلاف البضع فإنه لا ضرر أصلًا في التأخير فلا حاجة إلى التقديم على البلوغ وإن ثبت نوع حاجة فلا يفي بما (سبق له)[١] من نقصان الشفقة، والذي ذكروا على فصل المال من العذر الأول.

وقولهم: إن الإيصاء فيه صحيح.

قلنا: يلزمكم إذا لم يوص.

وقولهم: إن القاضي ينصب قيّمًا، يَرِدُ عليه فصل الجد، فإنه يتصرف في المال عند عدم الوصي من الأب فهلا جعلوا الأخ كذلك، وأما فصل المجنونة. قلنا: عندنا لا يزوجها الأخ والعم وإنما يزوجها القاضي بمشاورة الأقرباء والمعنى فيه وجود الحاجة؛ لأنه إذا لم تزوِّج المجنونة البالغة لا يؤمن من وقوعها في الفاحشة بخلاف الصغيرة، والحرف أن القيام لمصلحة مسيس الحاجة قَابَلَ نقصان النظر (فصار كالعدم، ولأنه إذا كان القاضي يزوج المجنونة ولا يمكن تحقيق نقصان النظر)[٢].

وقولهم: إن[٣] في مسألتنا وجب أن يثبت للقاضي فَمُنعَ ثبوته للقاضي بوجه آخر، وهو أن القاضي مؤخِّر عن الأخ والعم، فإذا لم تثبت الولاية للأخ والعم مع تقديمهما فكيف تثبت للقاضي؟. والله أعلم بالصواب.

---

(١) في (ز): يتولد.

(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٣) ليست في (ز).

※ (مَسْألة):

المصابة بالفجور لا يكتفى بسكوتها عندنا[1] وهو قول أبي يوسف ومحمد من أصحابهم[2]، وعند أبي حنيفة يكتفى بسكوتها[3].

❖ لنا:

قوله عليه السلام: **(الثيب تشاور)**[4] وفي رواية: **(الثيب يعرب عنها لسانها)**[5] وهذه ثيب.

والدليل عليه[6]: أنها مصابة في القُبُل بآلة الرجال، ولأن واطئها يثوب إلى وطئها أي يعود، ولهذا المعنى سُميت الثيب ثيبًا، وأما البكر سميت بكرًا؛ لأن واطئها أول مبتكر لها، وهذا لا يوجد في مسألتنا، ويدل [١٩٧/أ] عليه (من حيث الحكم)[7]: أنه لو أعتق[8] كل جارية له ثيب دخلت هي في

---

(١) النكت ورقة: ٢٠٠/أ، رؤوس المسائل: ٢٧/أ، روضة الطالبين: ٥٤/٧.

(٢) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٢١٦.

(٣) بدائع الصنائع: ١٣٥٨/٣، الأسرار: كتاب النكاح: ص ٢١٦، الجوهرة النيرة: ٩/٢.

(٤) رواه سعيد بن منصور في سننه: ١٣٩/١ بلفظ: (لا تنكح البكر حتى تستأمر ولا الثيب حتى تشاور).
أما بهذا اللفظ فقال الزيلعي: «غريب بهذا اللفظ». نصب الراية: ١٩٥/٣.

(٥) رواه ابن ماجه في سننه: ٦٠٢/١، والطبراني في المعجم الكبير: ١٣٨/١٧.
قال الألباني في الإرواء: «الحديث صحيح بما له من شواهد في معناه»: ٢٣٥/٦ رقم (١٨٣٦).

(٦) في (ز): على أنها ثيب.

(٧) ليست في (ز).

(٨) في (ز): أعتق رجل.

العتق، ولو أعتق كل جارية له بكر (لا تدخل هذه في العتق)[1].

يبينه: أن طلب رضاها واجب بالإجماع، والرضا يكون بالنطق والسكوت كما أنه سكوت عن السخط فهو سكوت عن الرضا فينبغي على هذا الأصل أن لا يُكتفى بسكوتها[2] في موضعٍ مَّا إلا أنا أنما[3] اكتفينا بسكوت البكر للنص الوارد في حقها على الخصوص فبقي[4] الثيب على أصل ما قلناه، وهو أن الرضا لا يكون إلا بالنطق وليس يدخل على ما ذكرناه[5] إذا زالت بكارتها بوثبة أو طفرة[6]؛ لأنهم[7] منعوا على أحد الوجهين، وعلى الوجه الثاني: هي بكر، بدليل ما قلنا من اللغة والحكم، والتخريج سهل وليس التعلق به بشيء، وأما التعلق به من حيث المعنى هو هذا الحرف الذي قلنا[8] من أنها ثيب، فصارت كالمصابة بالوطء بالشبهة أو بالنكاح الفاسد.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا[9]: أن علة الاكتفاء بالسكوت هي الحياء، بدليل الحديث الثابت وهو ما رُوي أنه ﷺ قال: (**الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تُستأذن في**

(١) في (ز): لم تعتق.
(٢) في (ز): بسكوت المرأة.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): بقيت.
(٥) في (ز): قلناه.
(٦) الطفرة: الوثوب في ارتفاع. ينظر: المصباح مادة (طفر) ص٣٧٤.
(٧) في (ز): لأن الأصحاب.
(٨) في (ز): قلناه.
(٩) زيادة من (ز).

نفسها) الخبر[١] قالت عائشة رضي الله عنها أنها تستحيي يا رسول الله: فقال: **(إذنُها صماتها)**، خرجه مسلم[٢]، والخبر نص في أن الاكتفاء بالسكوت هو بعلة[٣] الحياء يؤيده أيضًا أن قوله: **(أنها تستحي)** في هذا الخبر مثل قوله عليه السلام في الهرة، **(أنها ليست بنجسة أنها من الطوافين عليكم والطوافات)**[٤]، فكلمة **(أنَّ)** تُشير إلى أن العلة هي الحياء كما[٥] أنها تشير إلى أن العلة في طهارة الهرة الطوف[٦]، ومن حيث المعنى هو دليل عليه[٧] أيضًا؛ لأن الحياء المركّب في طبعها يُعجزها عن النطق وعجزها عن النطق يوجب الاكتفاء بسكوتها قالوا: وهذه العلة أولى من علة الثيابة؛ لأن الحياء معنى مخيل والثيابة مجرد اسم وصورة، والعبرة بالمعاني لا بالصور والأسامي، فإذا ثبت أن العلة بما ذكرناه فهو موجود في المصابة بالفجور؛ لأن الحياء موجود في حقها قطعًا ويقينًا؛ لأن المسألة فيما إذا أُصيبت بإكراهٍ أو أُصيبت مرةً في خفية وفي هذه الصورة نعلم حقيقة وجود الحياء، فأما الذي اتخذت الزنا حرفة فلابد من استنطاقها، وإذا وجد المعنى الذي يكتفى بسكوتها لأجله اكتفينا به ولم نُوجب النطق، قالوا: ولا يجوز[٨] أن يقال أن المعتبر حياء

---

(١) ليست في (ز).

(٢) ينظر: صحيح مسلم: ٢٠٤/٩ مع النووي، كتاب النكاح.

(٣) في (ز): لعلة.

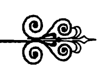
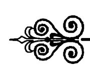
(٤) رواه أبو داود في سننه: ٦٠/١ مع المعالم، كتاب الطهارة، باب سؤر الهرة.
والترمذي في سننه: ١٣٧/١ مع العارضة، كتاب الطهارة، باب ما جاء في سؤر الهرة.

(٥) في (ز): مثل ما.

(٦) في (ز): الطواف.

(٧) ليست في (ز).

(٨) في (ز): يمكن.

البكر ولم يوجد (هاهنا)[1] حياء البكر ؛ لأن قول القائل: حياء البكر مثل قول القائل: طُعم البر أو طُعم الشعير ، فالمعتبر وجود الطعم كذلك هاهنا المعتبر وجود الحياء.

قالوا: ولا يجوز أن يقال أن هذا الحياء غير معتبر ؛ لأنه تنشأ[2] من الزنا ، وركوب الفاحشة وذلك ؛ لأن الحياء على الإطلاق معتبر في كل محل يوجد ، وهو مأمور به مندوب إليه لعموم الناس في عموم الأحوال.

وقولهم: تنشأ[3] من ركوب الفاحشة لا بل من التدين وحسن العقيدة.

يبينه: أن الحياء من ركوب الفاحشة فوق الحياء من الرغبة في الرجال ، فإذا كان ذلك الحياء معتبرًا في هذا الحكم فهذا أولى ، وزعم بعضهم أن في استنطاقها ظهور فاحشتها ؛ لأن الناس علموا بكارتها وعلموا أن البكر لا يطلب نطقها ، فإذا طلب الولي نطقَها ظهرت فاحشتها للناس ، ولا يجوز أن يقال أنه يستنطقها في ستر وخفية ؛ لأن الإشهاد عليها في الرضا مستحب فتظهَرُ[4] حالتها[5] من هذا القبيل ، قالوا: وأما الشهادة على الزنا فالأولى بالشهود أن لا يقيموها إلا أنهم إذا أقاموها فلابد من إقامة الحد لئلا[6] يتعطل حد من حدود الله تعالى ، وفي (الاكتفاء)[7] بالسكوت لا يتعطل حكم من أحكام

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): نشأ.
(٣) في (ز): نشأ.
(٤) في (ز): فيظهر.
(٥) في (ز): حالها.
(٦) في (ز): حتى.
(٧) في (ز): مسألتنا.

الله؛ لأن حكم الله تعالى طلب رضاها وقد طلب رضاها بما يقوم مقام النطق وهو السكوت (فلم يتعطل الحكم)[١]. قالوا: وأما البكر التي طعنت في السِّن وعاشرت الرجال ولم يوجد منها حياء في النطق يجب استنطاقها.

❁ **الجواب:**

أنا[٢] قد بيَّنا وجه الكلام بما فيه مقنع وبلاغ، وأما طريقة الحياء التي اعتمدوا عليها فقد قال بعض أصحابنا: إن التعليل بالبكارة أولى من التعليل بالحياء؛ لأن أمر باطن لا يوقف عليه، والبكارة سبب ظاهر يوقف عليه، والتعليل بما يُعرف أولى من التعليل بما لا يُعرف، وهم يقولون على هذا: إن الحياء وإن كان أمرًا باطنا لا يُعرف ولكن سببه ظاهر يُعرف من البكارة مرة ومن ركوب الفاحشة مرة فأمكن بناء الحكم عليه على ما يمكن[٣] في سائر المعاني التي تعرف أسبابها.

وقد[٤] قال بعض أصحابنا: إن الحياء منها في هذه الصورة ساقط فإنها إذا كانت لا تستحيي من ركوب الفاحشة فكيف تستحيي من الرغبة [١٩٧/ب] في النكاح؟ ولئن استحيت فذلك من رعونات النساء، وليس علينا اتباع رعونات النساء، وهذا الكلام لا بأس به غير أن صورة الخلاف في الموضع الذي قالوا إذا أُكرهت وابتُليت به بمرة، ولا شك أن الحياء هاهنا موجود[٥].

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٢) زيادة من (ز).

(٣) في (ز): أمكن.

(٤) ليست في (ز).

(٥) في (ز): وجد كما قالوا.

قالوا[1]: وأما التي لا تستحيي فلا خلاف فيها.

الجواب المعتمد: أنا لا ننازعهم في أصل وجود الحياء والتعليل به في البكر ولكن نمنع من التعليل به في الصورة المختلف فيها بأحد الطريقين:

أحدهما: أنه ﷺ قد نص أن **(الثيب يعرب عنها لسانها)**[2] وأنها تشاور وتراجع، وعلة الحياء وَرَدَ بها النص في الأبكار والتعدية بالمعنى إلى محل النص لا يجوز بإجماع القائسين، وإنما يجوز إلى محل لا يتناوله النص بدليل الأشياء الستة في الربا فإنها معللة لتعدية الحكم إلى غير محل النص فإن زعموا أن النص لم يتناول هذه المرأة[3] وإنما يتناول غيرها من الثيبات[4] نقول أنها ثيب بالإجماع[5] فتكون داخلة في الخبر الوارد مثل غيرها، فإن قالوا: الخبر الذي رويتم يحمل على الثيب التي أُصيبت بنكاح أو بشبهة نكاح.

قلنا: التخصيص لابد له من دليل.

فإن قيل: الدليل المخصص هو تعليل الاكتفاء بالسكوت بعلة الحياء.

قلنا: هو إنما ورد في البكر.

فإن قيل: تُعدّى العلة إلى الثيب المصابة بالفجور.

قلنا: التعدية إنما يجوز إلى محل لم يتناوله نص آخر، وقد تناول.

---

(١) ليست في (ز).

(٢) سبق تخريجه في ص٥٧.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): الثُيب.

(٥) ليست في (ز).

فإن قالوا: لم يتناول.

قلنا: الدليل على التناول أنها ثيب بالإجماع وبالدليل القطعي، والخبر وَرَدَ في الثيب، وهذا جواب معتمد إلا أنه لابد من معرفة جواب هذه الأسولة على هذا الوجه.

الجواب الثاني: وهو من طريق المعنى نقول: إن الحياء في المصابة بالزنا غير الحياء في البكر؛ لأن حياء البكر هو حياء عن النكاح، وفي مسألتنا لا حياء عن النكاح لهذه الفاجرة، وإنما حياؤها عن ظهور الفاحشة، والحياء عن ظهور الفاحشة غير الحياء عن النكاح.

فإن قيل[1]: حياء وحياء فنُلحق أحدهما بالآخر لمعنى العجز الذي بيناه عادة.

قلنا: هذا الإلحاق[2] باطل؛ لأن الاكتفاء بالسكوت بعلة الحياء علة نصيّة يُترِكُ لها المعاني ولو خُلينا والمعاني لم نجعل الحياء علة؛ لأن العجز الذي قالوه ليس له حقيقة فإنها قادرة على النطق قطعًا، وإنما يلحقها نوع تعب ولا يسهل عليها مثل ما يسهل على الثيب، وهذا القدر من التعب لا يُعتبر مثل ما لا يعتبر في حق الغلام وكذلك في توكيل الأجانب وإذا كان هذا معنى نصيًّا مستغني[3] عن سائر معاني الشرع لا يُلحقُ غيره به إلا أن يشاركه في ذلك المعنى بعينه، ولم يوجد؛ لأن الحياء عن النكاح لا[4] يوجد في الفرع.

(١) في (ز): قالوا.
(٢) في (ز): إلحاق.
(٣) في (ز): مستثنىً.
(٤) في (ز): لم.

يبينه: أن الحياء عن النكاح يجوز أن يُسهِّل[١] إذنًا يعود إلى النكاح؛ لأنه استحياء عنه والحياء عُقلة[٢] على اللسان عادة، فأما إذا لم يكن الحياء عن النكاح فكان[٣] أجنبيًا عنه لم يؤثر فيه أصلًا وجُعل كالعدم، وأما الذي قالوا: أن في استنطاقها إظهار الفاحشة منها.

قلنا[٤]: يمكن أن نمنع ونقول[٥] ينبغي لمن يَسمع هذا أن يُحسن بها الظن ويحمل الأمر على أنها أصيبت بشبهة أو بنكاح فإن الولي لا يقول استنطاقها[٦] لزناها وعلى أنا وإن سلمنا أن فيه ظهور فاحشتها، ولكن لما وجب الاستنطاق لإقامة حكم من أحكام الشرع، لا يُبالي بظهور الفاحشة منها؛ لأن القصد ليس إظهار الفاحشة منها، ألا ترى أنه لا يُتعرض للفاحشة أصلًا وإنما يُطلب الإذن فحسب.

يدل عليه: أن الشهادة على الزنا صحيحة، مع أنهم يُصرِّحون بذكر الفاحشة منها، فلأن يصح الاستنطاقُ هاهنا ولا تعرض للفاحشة أصلًا أولى.

وقولهم: إن الأولى هو الستر.

قلنا: أليس يقال للقاذف، إما إن تقيم أربعة من الشهود على زناها أو تُحَدّ، فقد طُلب منه إقامة الشهود.

---

(١) في (ز): يجعل.
(٢) في (ز): عقدة.
(٣) في (ز): وكان.
(٤) زيادة من (ز).
(٥) في (ز): يقال.
(٦) في (ز): استنطقها.




وقولهم: إن هاهنا وُجِدَ ما يقوم مقام النطق.

قلنا: لم يوجد، وأما دليله بالرجوع إلى علة الحياء فقد أجبنا عنه. والله أعلم.

※ (**مَسْألة**):

الفاسق لا يكون وليًا لابنته وسائر قرابته من عشيرته عندنا[1].

وعندهم: يكون وليًا[2]، وهو أحد قولي الشافعي[3].

لنا:

الحديث الذي رواه الأصحاب عن النبي ﷺ: أنه قال: (لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل)[4] والمرشد الذي له الرشد، والفاسق لَا رشد له؛ لأنه سفيه، فإن السفيه من جَهِلَ ما يصلحه في دينه، والفاسق قد جَهِلَ ما يصلحه معاملةً وإن كان عَلِمَ ما يصلحه عقيدةً، وعلى الجملة يبعد أن يوصف الفاسق السفيه بالرشد، واعلم أن الخبر وإن كان ظاهرًا في هذا الذي صرنا إليه غير أنه ضعيف في الإسناد، ولا يثبت على هذا اللفظ عن النبي ﷺ

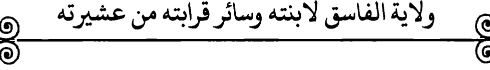
(١) النكت ورقة: ١٩٨/أ، روضة الطالبين: ٧/٦٤، المنهاج: ٣/١٥٥ مع المغني.
(٢) مختصر الطحاوي: ص ٧٢، الأسرار: كتاب النكاح: ص ٢٤٤، بدائع الصنائع: ٣/١٢٤٨، رؤوس المسائل: ص ٣٧٤.
(٣) روضة الطالبين: ٧/٦٤.
(٤) رواه البغوي في شرح السنة من طريق الشافعي: ٩/٤٥.
والبيهقي في سننه: ٧/١٢٤ ـ ١٢٦ موقوفًا على ابن عباس، المحفوظ الموقوف على ابن عباس.

بحال، فالوجه هو الاعتماد على المعنى فنقول: الولاية على الغير في النكاح ولاية نظر، ولا يتم النظر إلا بإثبات الولاية للعدل [١٩٨/أ] وإنما قلنا ذلك لأن النظر لا يتم إلا بعد اجتماع أسباب النظر وتوفر دواعيه؛ لأنه إذا لم تجتمع أسبابه ولم تتوفر دواعيه ينظر من وجهٍ، ولا ينظر من وجهٍ، ولا يتم النظر إلا بعد أن ينظر من كل وجهٍ، وفي الفاسق لم تجتمع أسباب النظر، ولم تتوفر دواعيه؛ لأن العدالة سبب من أسباب النظر، مثل القرابة إلا أن القرابة تبعث على النظر من حيث الشفقة، والعدالة تبعث على النظر من حيث الديانة، وهذا لأن النظر إذا[١] كان شرعًا من شرائع الدين (فعلى القطع نعلم)[٢] أن الدين يكون باعثًا عليه، إذ الدين باعث على شرائعه.

يبينه: أن في التقوى نظر الإنسان لنفسه من حيث التمسك بحدود الدين ونظره لنفسه دليل نظره لغيره، وترك النظر لنفسه دليل ترك النظر لغيره بل أولى لأن دينَه أهم إليه من كل شيء فإذا ترك النظر في الأهم فلأن يترك بما[٣] هو دونه أولى. ونستدل من حيث الحكم بالولاية في المال: وبالإجماع يؤثر الفسق في ولاية المال بالمعنى الذي بينا[٤] فوجب أن يؤثر في ولاية النكاح بل الشرع أنظر للأبضاع منه للأموال لعظم حرمة الأبضاع وخفة حرمة الأموال وقد ألزمهم الأصحاب في هذه المسألة الأب العدل إذا زوّج ابنته من أحسن الناس بأحسن مهر يجوز عندكم[٥] ولا نظر في هذه الصورة أصلًا

---

(١) في (ز): للغير أن.
(٢) في (ز): فنعلم قطعًا.
(٣) في (ز): فيما.
(٤) في (ز): بيناه.
(٥) ليست في (ز).



وليس هذا بكلام في نفس المسألة ولابد لنا أن نبين في الفسق معنىً يوجب سلب الولاية ووجه الكلام ما بينا[1] من قبل.

﴿ وأمّا حجّتهم:

ذهبوا إلى أن الفسق لا يسلب الولاية بدليل ولايته على نفسه وهذا لأن الأصل ولايته على نفسه وعلة هذه الولاية كمال حال الشخص بالحرية والعقل والبلوغ، ثم إذا ثبت الولاية[2] على نفسه تعدّت الولاية إلى غيره بالأسباب المعدّية من قرابة[3] وسلطنة وغير ذلك، وهذا لأن الولاية ليست إلا تصرف مخصوص وآلة التصرف شرعًا هو ما ذكرنا[4] وإنما المحل يختلف فيكون مرة لنفسه[5] ومرة لغيره، واختلاف المحل لا يوجب سلب التصرف. قالوا: وأما النظر الذي اعتمدتم عليه فسبب النظر هو الشفقة بالقرابة بين الولي والمولى عليه، وهذا المعنى لا يختل بالفسق أصلًا.

وأما قولكم: إن الدين يبعث على النظر، قالوا: كيف يصح هذا الكلام وبالإجماع يكون الكافر وليًا لقرابته فإذا كان فوات أصل الدين لا يوجب سلب الولاية ففوات التقوى في الدين كيف يسلب الولاية؟ وهذا لأن الفسق دون الكفر فإذا لم يسلب الكفر هذه الولاية فلأن لا يسلبها الفسق أولى.

وحرفهم في هذا: أن وجود الشفقة بالقرابة كافٍ ولا يحتاج معه إلى

---

(١) في (ز): بيناه.
(٢) في (ز): ولايته.
(٣) في (ز): أو.
(٤) في (ز): ذكرناه.
(٥) في (ز): نفسه.

اعتبار العدالة إنما المعتبر أهلية النظر، والفاسق من أهل النظر للغير كما أنه من أهل النظر لنفسه إلا أنه اعتبر وجود ما يبعث على النظر والقرابة باعث تام (على النظر)[1]؛ لأنه معنى طبيعي وما كان معنى طبيعيًا فإنه يستغني[2] في وجوده عن اعتبار ما سواه.

وقولكم: إنه تَرَكَ النظر لنفسه فهو لغيره اترك. قالوا[3]: يدخل عليه أولًا[4] الكافر وتركه النظر لنفسه أكثر وأيضًا فإنه لم يترك النظر لنفسه من كل وجه، ألا ترى أنه متمسك[5] بأصل الدين وإنما ارتكب ما ارتكب لاتباع الشهوة والهوى مع اعتقاد حرمته ولا شهوة له في ترك النظر لابنته فلا دليل فيما قلتم على ترك النظر والقرابة الباعثة على النظر والشفقة موجودة.

قالوا: وأما المال فأصل الولاية فيه تثبت للفاسق والكلام في أصل الولاية، وأما تأثير الفسق فيها فَلأن المحل محل الخيانات الخفية وهو في نفسه آلة الفساق لإيصالهم إلى شهواتهم، فالشرع أمر بضمّ أمين إلى الفاسق أو يُنصب غيره مكانه[6].

وأما في النكاح فليس هو محل الخيانات الخفية وعلة الولاية موجودة فلا معنى لسلبها مع وجود علتها بشرطها[7] وعلى هذا قالوا: يجوز تفويض

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): مستغنٍ.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): ولاية.
(٥) في (ز): مستمسك.
(٦) في (ز): مقامه.
(٧) في (ز): بشروطها.

الحكومة إلى الفاسق، إلا أن الأولى أن لا تفوض[1] لأنها بالتفويض تثبت فلا ينبغي أن يفوض إلى الفاسق مع وجود العدل وتعلقوا على طريق الإلزام بفصل العاضل قالوا: يفسق العاضل بالعضل ومع ذلك (إذا زوّج)[2] يجوز.

❁ **الجواب:**

إن الكلام على ما سبق. وأما تعلقهم بولايته على نفسه فليس بتعلقٍ صحيح، ألا ترى أن الرق يمنع الولاية على الغير بكل حال، ولا يمنع ولايته على نفسه عند إذن السيد في المكاتب وكذلك شهادته على نفسه تُقبل بالإقرار ولا تقبل شهادته على غيره وهذا بطريق الجدل.

وأما الجواب من طريق المعنى فنقول: [١٩٨/ب] ولايته على نفسه لا يعتبر فيه اجتماع دواعي النظر بخلاف ولايته على غيره؛ لأن ولايته على نفسه لإظهار ثمرة الحرية والمالكية وهذا المعنى يستوي فيه العدل والفاسق إلا أنه إذا كان سفيهًا نظر الشارع له بإثبات الحجر عليه على ما عُرف في تلك المسألة، (وأما ولايته على غيره فليس)[3] لإظهار ثمرة الحرية والمالكية، لأنها قد ظهرت بولايته على نفسه إنما هي ولاية نظر بسبب حاجة المولى عليه ليقوم تصرفه على المولى عليه مقام (تصرف المولى عليه)[4] في حق نفسه أن لو كان من أهل التصرف، وإنما يتم النظر بتوفر دواعي النظر ولم يوجد.

(١) في (ز): نفعل.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): العبارة هكذا: «ولا حاجة إلى إثبات الولاية على غيره...».
(٤) في (ز): العبارة هكذا: «مقام تصرفه...».

يبينه: أن تصرفه إنما يقوم مقام تصرف المولى عليه، في حق نفسه عند اجتماع أسباب النظر وكمالها لأن الأصل إن نظر الإنسان في حق نفسه فوق كل نظر وهو مستغنٍ عن عماد وسبب ينضم إليه، فاكتفينا فيه بالحرية وصحة القول على الإطلاق، وأما تصرفه في حق الغير فلابد فيه من اعتبار اجتماع أسباب النظر وتكامله[١] حتى يمكن إقامته مقام تصرفه في حق نفسه، أن لو كان من أهل التصرف، ويمكن أن يقال أن ولايته على غيره كرامة وكان الأصل أن لا تثبت إلا للإمام فإنه نائب عن الله تعالى، والناس عبيد الله إلا أن الشرع أثبت لغير الإمام مزيد كرامة بشرائط مخصوصة وأهم الشرائط هو الدين على ما سبق بيانه بخلاف ولايته على نفسه فإنها[٢] ليست مزيد[٣] كرامة، إنما هو آثار الحرية والمالكية، وهي كرامة أصلية تثبت للآدمي على الخصوص، وأما كلامهم على فصل النظر وقولهم: إن النظر كامل في الفاسق، فقد ذكرنا أن الدين باعث قوي على النظر.

وقولهم: القرابة[٤] كافية، ليس كذلك، وما هذا إلا كَمَنْ يقول: الدين كافٍ فوجب أن يثبت للأجنبي، بل قيل[٥] لابد من توفر دواعي النظر فمتى انعدمت القرابة لم تتوفر الدواعي، كذلك عند عدم العدالة.

يبينه: أن ميل الفاسق إلى مثله فإن صغو[٦] الشكل إلى شكله، والناس

---

(١) في (ز): بكاملها.
(٢) في (ز): فإنه.
(٣) في (ز): بمزيد.
(٤) في (ز): أن القرابة.
(٥) في (ز): يقال.
(٦) الصفو: يقال صفيتُ إلى كذا أَصْغَى بفتحتين: قلتُ: وَصَغت النجومُ مالت للغروب. ينظر:=

أشكال وأُلّاف، وقال ابن مسعود: **(المرء بخدنه)**، ولا يتم النظر مع هذا من الفاسق؛ لأنه يزوجها من فاسق مثله فيفوت عليها أهم الأمور وهي الكفاءة في الدين ونحن إذا نظرنا إلى عادات الناس نعرف هذا قطعًا، وسقط على هذا قولهم: إن الفاسق ارتكب المعاصي[1] للهوى والشهوة ولا شهوة في ترك النظر؛ لأن الميلَ الطبيعي فوق كل شيء والفاسق يميل إلى الفاسق طبعًا ولئن وجد فاسق يطلب كفؤًا من حيث الدين فهو نادر، والنادر ساقط.

وأما تعلقهم بالكافر وقد عدّوا هذا مشكلًا في الإلزام وبعض الأصحاب مَنَعَ، وليس بشيء، لوجود نص الشافعي رحمة الله عليه في مواضع كثيرة إلا أن الأمة أجمعت على أن الأب الكافر إذا زوّج ابنته اليهودية أو النصرانية من مسلم جاز وينعقد[2] النكاح[3] ولم يكن جوازه إلا لأن الأب وليها خصوصًا إذا كانت البنت صغيرة فلابد من التسليم ويمكن تخريجه على فصل النظر فيقال: أن الكافر لم يترك النظر لنفسه على زعمه حتى يكون ذلك دليلًا على ترك النظر (في حق غيره)[4] بخلاف المسلم الفاسق وهذا كلام حسن غير أنه يدخل عليه فصل الشهادة فإن عندنا لا تقبل شهادة الكفار ولم يُعتبر ما عنده بل يعتبر[5] ما هو الحق وهو أنه تارك للدين عنادًا مُؤثرًا للكفر مع وضوح الدلائل وانزياح الشبهات.

= المصباح مادة (صغيتُ) والمقصود ميلان الشكل إلى شكله.

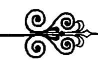
(١) في (ز): المناهي.

(٢) في (ز): انعقد.

(٣) لم أجده في مظانه.

(٤) في (ز): لغيره.

(٥) في (ز): اعتبر.

والجواب عن هذا ممكن فأنا قد ذكرنا في مسألة أهل الذمة طريق الفرق بين الشهادة والولاية بنهاية الوضوح[١]، والأولى أن نُجيب عن أصل السؤال بطريق آخر: وهو أنه إنما تثبت الولاية للكفار على قرابتهم[٢] للضرورة، فإن العادة جرت أنهم يتناكحون فيما بينهم ولا يرفعون[٣] إلينا في نكاح بناتهم وأخواتهم، فإذا لم نثبت الولاية أدّى إلى فساد الأنكحة وفي فساد الأنكحة فساد الأنساب وفي فساد أنساب الكفار مفسدة[٤] عظيمة تعود إلى أهل الإسلام بل يؤدّي إلى الطعن والقدح في أنساب الأنبياء صلوات الله عليهم، وأنساب عامة الصحابة رضي الله عنهم فإنهم كانوا أولاد الكفار إلا القليل، وقد قال النبي عليه السلام: **(أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب)**[٥]، وقال أيضًا: **(نحن بنو النضر بن كنانة لا نقفوا أمّنا ولا ننتفي من أبينا)**[٦] فلأجل هذه الضرورة ولأجل النص الوارد نثبت الولاية للكفار، وأما في حق[٧] الفاسق فلا ضرورة فانتفت الولاية بالدليل الذي بينا[٨]، وعلى هذا نثبت الولاية للإمام الأعظم مع فسقه على أحد الوجهين للضرورة على ما عُرف. وأما فصل العاضل: قلنا إذا تحقق الفسق يسلب الولاية على هذا القول وتنتقل الولاية إلى الأبعد وإنما موضع التسليم إذا كان العضل عن اجتهاد، ويمكن أن يقال: إذا زوّج فقد

---

(١) الاصطلام: ٤/٤٩٣ (ربع القصاص).

(٢) في (ز): قراباتهم.

(٣) في (ز): يترافعون.

(٤) في (ز): وصمة.

(٥) رواه البخاري في صحيحه: ٨/٢٨ مع الفتح، كتاب المغازي، رقم (٤٣١٥ ـ ٤٣١٦).

(٦) رواه الإمام أحمد في المسند: ٥/٢١١، ٢١٢.

(٧) في (ز): إثبات الولاية للفاسق.

(٨) في (ز): قلناه.

ترك الفسق، والجواب هو الأول؛ لأنه استدل ببقاء الولاية [١٩٩/أ] عند عضله بدليل نيابة الإمام فليس ينفع هذا، والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

لا ينعقد النكاح عندنا بشهادة الفاسقين[١].

وعندهم: ينعقد[٢].

❖ لنا:

ما روى[٣] ابن عباس وابن مسعود وعائشة عن النبي ﷺ أنه قال: (لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل) ذكره الدارقطني في كتاب السنن برواية هؤلاء النفر بأسانيد ذكرها وفي رُواة هذا الخبر مجاهيل[٤]. والأولى أن نعتمد على القياس فنقول: الفُساق لا شهادة لهم وشرط انعقاد النكاح حضور شهود، والشهود مَنْ لهم شهادة فإذا لم يكن لهم شهادة في الشرع فقد (فُقد شرط)[٥]

---

(١) الأم: ٢٢/٥، روضة الطالبين: ٤٧/٧، النكت ورقة: ١٩٨/ب، شرح السنة للبغوي: ٤٦/٩، المهذب: ٥٢/٢.

(٢) مختصر الطحاوي: ص ١٧٢، بدائع الصنائع: ١٢٤٨/٣، الأسرار: كتاب النكاح: ص ٢٤.

(٣) في (ز): رواه

(٤) ينظر: سنن الدارقطني: ٢٢٥/٣، ٢٢٦، ورواه البيهقي في سننه: ١٢٥/٧، والبغوي في شرح السنة: ٤٥/٩ بهذا اللفظ عن ابن عباس من طريق الشافعي، قال ابن حجر في التلخيص: رواه الشافعي من وجه آخر مرسلًا، وقال: «وهذا وإن كان منقطعًا فإن أكثر أهل العلم يقولون به»: ١٥٦/٣.

(٥) في (ز): سقط.

انعقاد النكاح فبطل كما لو لم يحضر أحد أصلًا وكما لو حضر عبيد أو صبيان، وإنما قلنا لا شهادة للفساق وذلك لأن الشهادة قول هو صدق بدليله المشروع له من شخص مخصوص، وقولنا «هو صدق» لا إشكال فيه؛ لأن الكذب لا يكون شهادة بحال.

وأما بيان دليل الصدق فنقول: الصدق أمر باطن لا يوقف[1] عليه، والقول من حيث أنه خبر يحتمل الصدق والكذب، فلا دليل على الصدق سوى العدالة مشروعًا ومعقولًا، وعلى القطع نعلم أنه لا يمكن اعتبار دليل سوى هذا لأن الخبر عن الأمر المغيب لا يمكن الوصول إلى الصدق فيه قطعًا فلابد من اعتبار غالب الظن[2]، وغلبة ظن الصدق بعدالة المُخبر وغلبة الظن دليل صحيح مرجوع إليه في بناء أحكام الشرع عليه بدليل خبر الواحد والقياس، وإذا ثبت هذا فنقول: قد فُقد دليل الصدق في الفاسق[3] فخرج عن كونه صدقًا لأن ما لا يُعرف إلا بدليل يفوت بفوات الدليل فبقي قوله خبرًا مترددًا بين الصدق والكذب، فلا يكون شهادة وإذا لم يكن شهادة على هذا الوجه فُقد شرط انعقاد النكاح على ما سبق بيانه، ويمكن أن يقال أن الشهادة أمانة شرعية، فلا يستقيم إثباتها من الشرع في محل الخيانة والفاسق خائن فلا يجوز أن يكون محل الأمانة الشرعية، والكلام الأول أحسن.

وقد استدل عامة الأصحاب بفصل عدم القبول، وقالوا: مردود الشهادة في مجالس الحكام على العموم، وَمَنْ له شهادة فحقه قبول الشهادة لا ردّ

(١) في (ز): يمكن الوقوف.
(٢) في (ز): الظن في الصدق.
(٣) في (ز): الفساق.




الشهادة، وبعضهم تعلق في المسألة بفصل آخر: وهو أن الشهادة إنما شرطت في انعقاد النكاح لأجل صيانة النكاح من[1] خللٍ يصل إليه بالجحد[2]، وهذه الصيانة إنما تحصل بشهادة العدول لا بشهادة الفساق، وسنُبين وجه اعتراضهم على هذين الفصلين، والمعتمد هو الفصل الأول وهو في نهاية الوضوح.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: الفاسق من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة، وهذا لأن الشهادة والولاية نظيرانِ متفقانِ في المعنى، ويمكن أن يقال: أن الشهادة نوع ولايةٍ، وبيان اتفاقهما في المعنى هو: أن كل واحد منهما تنفيذ القول على الغير، وربما يُعبّرون عن هذا فيقولون: الولاية قدرة شرعية في تنفيذ قول منه على الغير، فَمَنْ كان من أهل الولاية يكون من أهل الشهادة، قالوا: وإن منعتم كونه[3] من أهل الولاية فقد دللنا عليه في المسألة الأولى، وهذا لحقيقةٍ: وهو أن علة أهلية الشهادة قد تمت وذلك الحرية والعقل والبلوغ، وإنما قلنا أن هذا هو العلة وذلك[4] لأن الشهادة قول فكل مَنْ كان صحيح القول على الإطلاق يكون من أهل الشهادة، والفاسق صحيح القول على الإطلاق بخلاف الصبي والعبد، وإنما الفسق يوجب تهمة الكذب وبوجود التهمة لا يخرج عن أهل الشهادة، ألا ترى أن الأب ليس من أهل الشهادة في حق الابن ولهذا لو شَهِدَ عليه يُقبل ولا تقبل شهادته له لأجل التهمة، ثم التهمة

(١) في (ز): عن.
(٢) في (ز): الجحود.
(٣) في (ز): أنه.
(٤) ليست في (ز).

لم توجب سلب أصل الشهادة.

يدل عليه: أنا لأجل التهمة قد جوّزنا رد الشهادة فقد أعطيت التهمة حقها وقد بقي أصل أهلية الشهادة، فقلنا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ، وقلنا: إذا حضروا عند[1] عقد النكاح ينعقد بشهادتهم لأن هذا الموضع ليس بموضع عمل التهمة.

وربما يقولون لأهلية الشهادة عملان: أحدهما القبول عند الأداء، والثاني: انعقاد النكاح عند الحضور فإن لم يظهر أحد العملين لعارض الفسق لم يمنع ظهور العمل الآخر وهو الانعقاد عند الحضور.

والحرف: أن الفسق يقدَح في العمل الأول ولا يقدَح في العمل الثاني وأهلية الشهادة تقوم بعمل واحد، وأما نفوذ القضاء بشهادة الفساق كان لأنها صدرت من أهلها، فصح القضاء من القاضي؛ لأنه قد تحرى الصدق ويتصور أن يتحرى الصدق وإن [١٩٩/ب] كان المخبر فاسقًا.

قالوا: وأما قولكم: إن الشهادة قول هو صدق، قالوا: إن عنيتم أنه صدق قطعًا فمحال، وإن عنيتم أنه صدق بدليل يقوم عليه فهذا يوجد في هذا الفاسق لأن أهلية الصدق موجودة ومع أهلية الصدق يوجد دليل الصدق وهو الإيمان والعقل والبلوغ، وهذا لأن الفاسق لا يرتكب جميع المحظورات في دينه، وإنما يرتكب البعضَ دون البعض، وإن كان ارتكاب البعض يدل على كذبه فالانزجار عن البعض يدل على صدقه ومعتمدهم أنهم يقولون: وُجد في حق الفاسق دليل الصدق من وجهٍ دون وجهٍ وفي العدل وُجد دليل الصدق من

(١) ليست في (ز).

(جميع الوجوه)[1]، فصار الفاسق من أهل الشهادة لوجود دليل الصدق من وجهٍ، وقلنا: إذا عَلِمَ[2] القاضي ذلك الدليل، وَقَبِلَ الشهادة يصح ذلك، ولأنه إذا لم يوجد دليل الصدق من كل وجه جاز الرد ولم يجز القبول بل نقول: حكم الشرع هو أن لا يُقبل أصلًا لكن لو قُبل وقُضِيَ بشهادته ينفذ لما بينا، (وهو كالمستور فإنه لا تقبل شهادته وحكم الشرع فيه طلب العدالة إلا أنه لو قُضِيَ بشهادته ينفذ لما بينا)[3]، وكذلك لو عُقد النكاح بشهادة المستورين[4] يصح ولم يبطل.

قالوا: وأمّا قولكم: أن الشهادة أمانة شرعية، قالوا: بلى، ولكن الفاسق من أهل الأمانة بدليل أصل الدين فإنه أمانة ودينه صحيح بالاتفاق، وكذلك لو أودع إنسان عنده صح إيداعه منه.

يبينه: أن تحمّله صحيح بالإجماع والأمانة فيه وهذا لأن فسقه لا يوجب في الأمانات إلا تهمةَ الخيانة، وأما أهلية الأمانة قائمة فكذلك في الشهادة لا يوجب فسقه سوى[5] تهمة الكذب وأهلية الشهادة قائمة.

قالوا: وأما تعلقكم بالقبول قالوا على الجملة يتصل حكم القبول بشهادة الفساق حتى لو قضى القاضي بشهادتهم نَفَذَ، وأيضًا لو شهد أربعة من الفساق على أن المقذوف قد زنى يسقط الحد عن القاذف وإنما لم يجز القبول أو لم

---

(١) في (ز): كل وجهٍ.

(٢) في (ز): غلّب.

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٤) في (ز): مستورين.

(٥) في (ز): إلّا.

يجب لما بينا من وجود التهمة والكلام في الأهلية.

قالوا: وقولكم: إن وجوب الشهادة على النكاح لصيانة العقد عن خلل الجحد، فليس كذلك، بدليل أنه يجب الإشهاد ولو كان كما قلتم لا يستَحبّ ولا يجب كالشهود على عقود الأموال؛ ولأنه لو وجب لهذا المعنى لم يجز أن يخلو عنه بقاؤه بحال، وقد يخلو بالإجماع وهو أن يموتَ الشهود أو يرتدوا، وأيضًا فإن صيانة العقد في الجملة تحصل بإشهاد الفساق لجواز أن يتوبوا إذا جاء وقت[1] الشهادة، وهذا هو الظاهر من حالهم[2]، ثم قالوا: المعنى في إيجاب الشهادة هو الإعلان ليقع الميز[3] بين النكاح والسِّفاح، إلا أَنَّ الإعلان لمعنى شرعي وهو الإشهاد فاعتُبر ما سمّاه الشرع في وقوع التمييز لا كل ما يقع به التمييز.

وقد ذكر بعضهم في إثبات أهلية الشهادة للفساق طريقًا آخر: وهو أن الشهادة قول الإنسان: أشهد أن لفلان على فلان كذا، والفاسق من أهل هذا القول بدليل الحس والعيان؛ لأنه يقُوله فيوجد مثل ما يقوله العدل، وكل مَنْ قدر على إيجاد شيء فهو من أهله إلا أن يمنع منه[4] مانع من الشرع، وفي العبد والصبي مَنع مانع من الشرع ولم يوجد هاهنا مانعُ الشرع فاتّبعنا حكم الشرع حقيقةً وهذا هو الأصل أن ما تحقق محسوسًا تحقق محكومًا إلا بمانع.

وأما عامة مشايخهم تعلقوا بالمسألة المشهورة وهو أن الفاسق لو شَهِدَ

---

(١) في (ز): وقت أداء.

(٢) في (ز): أحوالهم.

(٣) في (ز): التميز.

(٤) في (ز): عنه.




في حادثة فرُدّت شهادتُه، ثم تاب وعاد وأعاد تلك الشهادة لا تُقبل، وليس المعنى إلا أن المودّى شهادةُ، وقد جرى الحكم بردها، فلم تُقبل ثانيًا لأن نقضَ الحكم لا يجوز ولو كان المودّى خبرًا لقُبل كما في العبد والصبي إذا شهدا ثم أعادا بعد العتق والبلوغ والمسألة مشكلة وقد تعلقوا أيضًا بالمستورين على ما سبق.

❁ **الجواب:**

أما تعلّقهم بالولاية فنقول: ثبوت الولاية على الغير للفاسق ممنوع، وأما ثبوت ولايته على نفسه فقد بيّنا الفرق، وعلى أنا إذا[1] سلمنا ثبوت الولاية للفاسق على الغير فهي خارجة على الأصل الذي قلناه؛ لأن الولاية تظهَر بإنشاء تصرفٍ على الغير ويستوي في هذا العدل والفاسق، وأما الشهادة خبر صدق عن صادق.

يبينه: أنّه ليس بمجرد خبر حتى يقال أن في صيغة الخبر يستوي العدل والفاسق، بل هو خبر موصوف بالصدق ولا يوجد هذا الوصف إلا بالعدالة على ما سبق بيانه، والفرق واضح جدًا غير أن الأولى منع الولاية في حق الغير؛ لأنه الصحيح من المذهب.

وقولهم: إن الولاية والشهادة في المعنى واحد محال؛ لأنه إذا كان أحدهما إنشاء تصرف على الغير، والآخر خبر عن أمرٍ [٢٠٠/أ] سابقٍ فكيف يقال هما واحد؟.

ويمكن أن يقال لهم: أن عندكم ولاية الفاسق على ابنته وقرابته كولاية

(١) في (ز): إن.

العدل ، وأما شهادته ليس كشهادة العدل بالاتفاق ، بدليل فصل القبول وهذا قوي جداً من طريق الجدال .

وأما ما تكلموا به على فصل الصدق فنقول: إن تعلقوا بأهلية الصدق فأهلية الصدق لا تكفي لأنه يعارضها أهلية الكذب ، وإنما المعتبر وجود دليل الصدق .

وأما قولهم: إن دليل الصدق قد وجد وهو الإيمان والعقل . وقولهم: إنه لا يرتكب جميع المحظورات والمناهي إنما يرتكب البعضَ دون البعض ، والجواب عن الكل واحد ، وهو أن دليل الصدق ما يغلب ظن الصدق ولا يغلب ظن الصدق إلا بالعدالة ، وصلاح التعاطى بالتقوى عن جميع ما يوجب الفسق .

وأما قولهم: إن الفسق لا يوجب إلَّا تهمة الكذب .

قلنا: إنما سلبنا الشهادة بالوجه الذي قلناه ، فليس يدخل عليه ما قالوه ، وعلى أنه إذا وجدت تهمة الكذب فات دليل الصدق ، وقد صار قوله شهادة بدليل الصدق ففاتت الشهادة بالكلية .

وقولهم: إن تهمة الكذب لا توجد في الشهادة التي هي الحضور .

قلنا: ليس الكلام في شهادة ، وشهادة ، وإنما الكلام في أهلية الشهادة على الإطلاق ، وقد دللنا على أنه ليس له شهادة ثم نقول: أصل الشهادة الذي يصير به الشخص شاهداً هو القول ، إلا أنه قول مخصوص وهو قول يُفصل به الخصومات في مجالس الحكام فكل من كان مَنْ أهل هذا القول فهو شاهد

في الشرع، وَمَنْ لا فلا، ثم شرط انعقاد النكاح حضور شهود، وهم الذين لهم هذه الشهادة وليس المراد من الشهادة هو الحضور من قولهم: شَهِدَ كذا، أي حَضَرَ[1]، حتى يقال: كل مَنْ كان من أهل الحضور كان من أهل الشهادة. والدليل عليه: أن قوله ﷺ: **(لا نكاح إلا بشهود)**[2] ليس المراد إلا بحضور، وإنا المراد لا نكاح إلا بقوم لهم شهادة، ألا ترى أنه يصح أن يقال: لا نكاح إلا بحضور شهود، وهو المراد من الخبر حتى يستقيم معناه، ويستحيل أن يقال معناه إلا بحضور حضور، فثبت بهذا الذي قلناه أن الشهادة قطعًا هو ما قلناه من القول، وقد ذكرنا أن الفاسق ليس من أهل ذلك القول فقد فات شرط صحة النكاح فهذا الكلام نهاية التحقيق ولا مزيد عليه.

وقد قال[3] أصحابنا: إن السالب للشهادة عين الفسق؛ لأنه نقص عظيم بل هو فوق الرق في النقيصة، ولابد من كمال حال لأهلية الشهادة، ويدخل على هذا الولاية على نفسه وعلى غيره، وهذا لأنه مع هذا النقص صحيح القول على الإطلاق بدليل جميع التصرفات، ويخرج العبد على هذا. ويقولون ليس كل نقيصة تسلب الشهادة، بدليل الأنوثة ونقيصة الجهل، فالاعتماد على ما بيّنا والذي قالوا هو من أهل الشهادة حسًا، فليس بشيء لأن الشهادة معنى[4]

---

(١) في (ز): حضره.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية: «غريب بهذا اللفظ»: ٣/١٦٧، لكن ورد معناه في أحاديث أخرى عن ابن عباس وأبي هريرة وعائشة، وابن عمر وجابر وعمران بن حصين.
ينظر: سنن الدارقطني: ٣/٢٢٥، والتلخيص الحبير لابن حجر: ٣/١٦٣، قال ابن المنذر: «وليس يثبت عن النبي ﷺ شيء في إثبات الشاهدين في النكاح»: الإشراف: ٤/٤٦.

(٣) في (ز): بعض أصحابنا.

(٤) في (ز): حكم.




شرعي، ودليله من الشرع: هو العدالة ويدخل على ما قالوه فصل العبد والصبي.

وقولهم: إن هناك مانع من أهلية الشهادة.

قلنا: وكذلك هاهنا. وأما تعلق مشايخهم بالمسألة المشهورة فاعلم أن هذه المسألة أعيت كثيرًا ممن يدعي التحقيق حتى زعم بعضهم[١] أنه لا نعقل لها معنى، وبهذا لا يرضى الخصم، وقال بعضهم: للفاسق شهادة وسلّم لهم ما ادعوه وَزَعَمَ أنه لا ينعقد النكاح بشهادته، وتعلق بالثبوت ليس هذا بشيء؛ لأنه متى سَلَّمَ للخصم أنه من أهل الشهادة فقد وُجد شرط[٢] النكاح وهو حضور شهود[٣] ولم يعتبر إلا هذا القدر، والثبوت ثاني الأمر وقد تكلموا عليه.

(وزعم بعضهم)[٤]: أن رد الشهادة بعد التوبة كان لأجل التهمة، وهي تهمة ترويج القول، وإزالة[٥] سِمة[٦] الكذب، وليس هذا بشيء؛ لأن هذا المعنى يوجد إذا[٧] شهد في حادثة أخرى ومع ذلك يقبل بالاتفاق، وأيضًا فإنه إذا حضر ليشهد وطرده القاضي ولم يسمع إلى[٨] شهادته ثم تاب وأعاد[٩] فإنه يُقبل، والتهمة موجودة.

---

(١) في (ز): قوم.

(٢) في (ز): شرط انعقاد.

(٣) في (ز): الشهود.

(٤) في (ز): وزعموا.

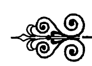
(٥) في (ز): بإزالة.

(٦) في (ز): تهمة.

(٧) في (ز): إن.

(٨) ليست في (ز).

(٩) في (ز): شهد.




يبينه: أن هذه إساءة الظن بالتائبين[1]، وقد أمرنا بخلافه خصوصًا إذا تاب وبقي على الصلاح سنين، وفي مثل هذا الموضع تبعد هذه التهمة. وبعض أصحابنا قال: إن كان فاسقًا عُرِف[2] بفسقه[3] قطعًا، يُقبل شهادته إذا تاب، وإن كان فاسقًا لم يعرف فسقه قطعًا بل عرف بالاجتهاد لم يقبل شهادته حتى لا يؤدي إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد، وهذا أيضًا ضعيف؛ لأنه تفصيل لم يُعرف في المذهب، ولأنه وإن عرف فسقه بالاجتهاد فلا يخلو الشخص من أن يكون فاسقًا أو عدلًا فإن كان فاسقًا فردت شهادته، وجب أن لا يجب رد الشهادة بعد التوبة؛ لأن القبول لا يوجب نقض الاجتهاد، وإن [٢٠٠/ب] كان عدلًا فأولى؛ لأن العدل إذا رُدّت شهادته مرة لم يمنع القبول من بعد.

والجواب الصحيح أن المسألة محمولة على ما لو أدّى اجتهاد القاضي أن له شهادة فردَّها وإذا جَعَلَ له شهادة وردَّها لم يجز أن يقبَل من بعد، لأنه يؤدّي إلى نقض حكم جرى بالاجتهاد، وهو جواب حسن، سهل المأخذ.

وأما شهادة المستورين فقد مُنِعَ، وعلى أن انعقاد النكاح كان لضرورة، لأنا إذا لم نصحح النكاح بشهادة المستورين أدّى إلى سد باب كثير من الأنكحة بل عامتها؛ لأن آلة الوصول إلى العدالة الباطنة لا يكون إلا عند الحكّام[4]، والخواص من الناس، فتُعوز العدالة في غالب[5] الأنكحة بخلاف المستور فإنه لا يُعوز في موضعٍ ما، وهذا ظاهر عند المتأمل. والله أعلم.

(١) في (ز): الناس.
(٢) في (ز): يعرف.
(٣) في (ز): فسقه.
(٤) في (ز): الحاكم.
(٥) في (ز): عامة.

❋ (مَسْأَلَة):

لا مدخل لشهادة النساء في النكاح والطلاق، وكل ما ليس بمالٍ ولا من حقوق المال[1].

وعندهم: تُقبَل شهادة النساء في كل ما ليس بحدٍ ولا قصاصٍ[2].

❖ لنا:

أن النساء لسن من أهل الشهادة في الأصل، ونعني بالأصل قواعد الشرع وقوانينه، فإنَّا[3] إذا نظرنا إلى قواعد الشرع فهي تمنع قبول شهادة النساء أصلًا، وذلك لنقصان عقلهن واستيلاء الغفلة والضَّلال عليهن، والشهادة لابد فيها من تحمل مع ضبطٍ تامٍ في الابتداء، وحفظٍ في الدوام وأداءٍ على الوجه في الانتهاء، ونقصانُ العقل والضلالُ الغالبُ عليهن[4] يُخل بهذه الأمور قطعًا، ولهذا سلبت الولاية على الغير وعلى نفسها في النكاح، وهذا عندنا ظاهر. وعندهم لا يكون لها من الولاية مثل ما يكون للرجال، وقد سُلبت الإمامة والولاية العظمى لهذا المعنى الذي ذكرنا[5].

والحرف: أن نقصان عقلها وغلبة الغفلة عليها يمنعها بل يُعجزها عن

---

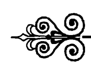
(١) الأم: ٢٩/٥، روضة الطالبين: ٤٥/٧، المهذب: ٥٢/٢.

(٢) مختصر الطحاوي: ص ١٦٩، ١٧٢، المبسوط: ١٣٢/٥، مختصر القدوري: ٣٩١/٢ مع الجوهرة، رؤوس المسائل: ص ٣٧٢.

(٣) ليست في (ز).

(٤) ليست في (ز).

(٥) في (ز): ذكرناه.




القيام بمواجب الشهادة[1] (كما يُعجزها عن القيام بمواجب الولاية والإمامة)[2].

والدليل على هذا الأصل من حيث الحكم: أنها لو كانت من أهل الشهادة في الأصل لتمَّت حجة الشهادة بهن على الانفراد وحين لم تتم بالإجماع، دل أن المعنى ما بيَّناه، وهذا دليل معتمد فإن كل جنس من الشهادة[3] يقوم بنصف الحجة ولا يقوم بكل الحجة وحين لم يقمن ثبت ما ذكرنا. وأما الأموال فشهادة النساء فيها شُرع[4] مُعدولًا عن الأصل في محل مخصوص، فكل ما كان في معنى ذلك المحل يجوز أن يُلحق به، وما لا فلا، والأبضاع لا تشبه الأموال في الشرع، والعقد عليها لا يشبه العقود[5] على الأموال، ودليل عدم الشبهية[6] ظاهر فإن أحكام الأبضاع غير أحكام الأموال، ولهذا لا يجري البذل والإباحة في الأبضاع، ويجري في الأموال، وكذلك العقود لا تُتَناوَب على البضع بل لا تُستباح إلا بعقد مخصوص بخلاف الأموال[7].

ويدل عليه: أنه لا (يجب الحد)[8] بتناول المال المحرّم، (ويجب الحد)[9] بتناول البُضع المحرَّم فإذا لم يكن في معنى المال فلا يلحق بالمال،

---

(١) في (ز): الولاية.

(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٣) في (ز): الشهود.

(٤) في (ز): شرعت.

(٥) في (ز): العقد.

(٦) في (ز): الشبه.

(٧) في (ز): المال.

(٨) في (ز): يحد.

(٩) في (ز): يحد.

وعلى هذا كل ما ليس بمالٍ (فأشبه هذه)[١] الأشياء الحدود والقصاص.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: للنساء شهادة في عقود الأموال فيكون لهن شهادة في عقود الأبضاع.

دليله: الرجال، (وربما قالوا)[٢]: النكاح عقد من جنس عقود المعاملات فأشبه عقودَ المعاملات مثل البياعات والإجارات، ووجه المجانسة: ثبوته بإيجاب وقبول في عوض ومعوِّض، وهذا لأن للنساء أهلية الشهادة بدليل الولاية فإنها من أهل الولاية فتكون من أهل الشهادة؛ لأن الشهادة قول فَمَنْ[٣] كان صحيحَ القول على الإطلاق كان صحيح الشهادة. يدل عليه: أنه لما قُبل قولها على نفسها قُبل قولها على غيرها؛ لأن القول لا يختلف باختلاف المحل، قالوا: وأما نقصان العقل فغير مُعتَبَر على العموم كما ذكرناه[٤] في مسألة النكاح بغير ولي، وإنما اعتُبر في شيء مخصوص نصًا[٥] وهو عدم جواز الاقتصار على المرأة الواحدة، ألا ترى أن النبي عليه السلام لما وصفهن بنقصان العقل ذكر أن ضمّ المرأة إلى المرأة في الشهادة لنقصان عقلهن[٦]، قالوا: وقد أثبتنا هذا الضَّم، وإذا وفرنا على نقصان العقل حقه أُعرض عنه وصارت المرأتان كرجلٍ واحدٍ كامل العقل، وعلى هذا قالوا: على فصل

---

(١) في (ز): وأشبه بهذه.

(٢) في (ز): وإنما قالوا ذلك.

(٣) في (ز): وكل مَنْ.

(٤) في (ز): بينا.

(٥) ليست في (ز).

(٦) رواه البخاري في صحيحه: ١/٤٠٥ مع الفتح، كتاب الصلاة، باب ترك الحائض الصوم.

الغفلة والضلال، أن الغفلة والضلال صار مجبورًا[1] بالعدد فصار كالعدم، وأما عدم كمال الحجة بالنساء على الانفراد إنما هو بالنص[2] غير معقول المعنى، وكان[3] القياس يقتضي أن تكمل الحجة بهن وإنما لم يكمل بنص الكتاب.

وحرفهم: أن النساء في شطر الشهادة مثل الرجال في (شطري الشهادة)[4].

والدليل عليه [٢٠١/أ] من حيث الحكم قبول شهادة النساء في أحد شطري البينة من غير ضرورة وحاجة. وبيانه: أنه يُقبل شهادة رجل وامرأتين في الأموال مع وجود رجلين وهذا دليل معتمد. ووجه الاعتماد عليه: أنه لو كانت شهادتهن معدولًا عن الأصل لم يجز أن تزاحم من جرت شهادتهم على الأصل في الرتبة والدرجة. قالوا: وأما الضبط التام[5] والأداء والحفظ فهو متصور من النساء مثل ما يتصور من الرجال، ألا ترى أن الرواية عن الرسول ﷺ قد احتيط فيها هذا النوع من الاحتياط قال النبي ﷺ: (نَضَّرَ الله امرأً سمع مني[6] مقالة[7] فبلّغها كما سمعها)[8] فدل على أنه لابد من الضبط والحفظ على الوجه الذي ضُبط، وقد أجمعت الأمة على أن النساء في الرواية

(١) في (ز): صارا مجبورين بالعدد فجعل كالمعدوم.
(٢) في (ز): بنصٍ.
(٣) في (ز): فكان.
(٤) في (ز): شطريها.
(٥) ليست في (ز).
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): مقالتي.
(٨) رواه الدارمي في سننه: ٧٦/١.

مثل الرجال.

وأما[1] قولكم: إن الأبضاع ليست في معنى الأموال، فهذا كلام مبني على أن النساء ليس لهن شهادة أصلية، وقد تكلمنا عليه، وعلى أنه وإن ثبت لكم أن أمر البضع فوق أمر المال، فليس بمستقيم[2] هذا الكلام في الوكالات والوصايا، وما يشبه[3] ذلك، وعندكم هذه العقود لا تثبت بشهادة النساء مع الرجال، ونحن نعلم حقيقة أن هذه العقود دون عقود البياعات والإجارات، بل هي اتباع عقود المعاملات، فإذا دخلت شهادة النساء في عقود المعاملات ففي هذه العقود أولى.

قالوا: وأما الحدود والقصاص فإنما لم تثبت بشهادة النساء والرجال بالأثر الذي روى عن الزهري، أنه قال: مضت السُنّة من رسول الله صلى الله عليه والخليفتين من بعده أن لا تُقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص[4]، والمعتمد لهم من[5] الاعتراض على فصل الحدود والقصاص أنها امتازت من بين سائر الأشياء بسقوطها بالشبهات، وفي شهادة النساء شبهة بسبب الغفلة التي تركبت فيهن بأصل الخلقة، وجَبرُ الغفلة بالعدد وإن وجد[6] شرعًا، ولكن سبب الغفلة قائم وهي الأنوثة فأوجبت الشبهة، قالوا: وأما النكاح فيثبت مع الشبهة مثل المال بدليل ثبوته بالشهادة على الشهادة ولا شك أن

(١) في (ز): قالوا وأما...

(٢) في (ز): يستقيم.

(٣) في (ز): وما أشبه.

(٤) رواه أبو يوسف في الخراج عن الحجاج عن الزهري: ص ٣٢٥.

(٥) في (ز): في.

(٦) في (ز): وجدت.




فيها شبهة وهو جواز كذب الشهود وهذا الجواز أُعرض عنه في شهود الأصل لأجل ضرورة الحجة، وهذه الضرورة غير موجودة في شهود الفرع؛ لأن التوصل إلى شهود الأصل ممكن فدل أن الشبهة موجودة في الشهادة على الشهادة، ولا ينفعكم المنع في جانب الحدود والقصاص.

وقولكم: إن الحدود والقصاص تثبت بالشهادة على الشهادة لأنا إذا بيّنا وجود الشبهة فالمنع نوع مجازفة وترك النظر[١] في المعاني.

واستدلوا في[٢] أن النكاح يثبت مع الشبهة ببقاء النكاح على الموطوءة بالشبهة ولاشك أن عدة النكاح توجب شبهة النكاح.

ويدل عليه: أن مَنْ زوّج ابنته من رجل بنكاح فاسد ثم زوّجها منه بنكاح صحيح صح العقد الثاني، وشبهة النكاح الأول قائمة فثبت بما قلنا إن النكاح يثبت مع الشبهة فتبيّن الفرق بين الحدود والقصاص[٣] وبين النكاح من هذا الوجه، قالوا: وأما الذي قال بعض مشايخكم: بأن النكاح اختص من بين (سائر العقود باشتراط)[٤] الشهود، فيعتبر فيهم الذكورة كالزنا فضعيف جداً، وإذا وقعت المطالبة بالمعنى تبيّن بالعجز وعلى فصل الزنا دليل عليكم؛ لأن العدد الزائد كان مثل المزيد عليه في وصف الشهود فليكن في مسألتنا كذلك، وفي سائر العقود لم يُعتبر وصف الذكورة في الشهود فكذا في شهود النكاح فظهر أن الامتياز يكون في العدد فحسب، (كذلك هاهنا، وَجَبَ أن يكون

---

(١) في (ز): للنظر.
(٢) في (ز): على.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): نظائر متعددٍ من.

الامتياز في أصل اعتبار الشهود فحسب)[1].

۞ **الجواب:**

أما تعلقهم بعقود البياعات ودعواهم أن النكاح عقد من جنس عقود المعاملات، فبعيد جدًا، فإن عقود المعاملات ما يُقصد بها الأموال والأرباح وما يُفعل[2] في الأسواق المنصوبة لها، ويتعاطاها التجار الذين تفرّغوا واستعدوا لها، والنكاح في نهاية البعد عن[3] هذا النمط.

والدليل عليه: وقوع الاتفاق على التفريق بين عقود المال والنكاح بدليل الشاهد واليمين على أصلنا[4] والنكول على أصلكم[5].

وأما قولكم[6]: إن للنساء شهادة في الأصل.

قلنا: ليس كذلك، بدليل ما بيّناه من الحقيقة والحكم، وأما تعلقهم بالولاية فقد جعلناها حجة[7] عليهم وعلى أن المسلم من الولايات ولايتُها على نفسها في الأموال[8] فحسب، ولا يجوز أن يُستدل بهذا على الشهادة؛ لأن ولايتها على نفسها في المال ولم تدل على الولاية على الغير في المال،

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): وما يقصد.
(٣) في (ز): من.
(٤) عند الشافعية.
(٥) عند الحنفية.
(٦) في (ز): قولهم.
(٧) في (ز): دليلًا.
(٨) في (ز): المال.

فإن الأم لا تكون ولي طفلها في المال، فكيف يستدل بها في الشهادة على الغير؟ وعلى أن عندنا شهادتها في الأموال صحيحة، فلم نَفْرِقْ بين الولاية والشهادة في المال [٢٠١/ب].

وأما قولكم: إن المرأة صحيح(١) القول على الإطلاق.

قلنا: هذا في حق نفسها، وأما في حق غيرها فلا، وكيف يُدّعى لها (صحة القول مثل صحة قول الرجال)(٢) وشهادتها في الحدود والقصاص مردودة، وفي الأموال لا تقوم الحجة بشهادتهن على الانفراد بحال، وكذلك قولها في الولاية العامة باطل بالإجماع(٣).

وأما قولكم: إن نقصان العقل إنما اعتبر في إيجاب ضم المرأة إلى المرأة فحسب، وذكروا الخبر.

قلنا: ليس الخبر على ما رووا إنما الخبر أن الصحابة قالوا: علمنا نقصان عقلهن فما نقصان دينهن؟ فذكر القعود عن الصلاة والصوم في زمان الحيض(٤)، ولا شك أن نقصان العقل معنى مؤثر في الشهادة على ما سبق، وأما الخبر الذي قالوه إن كان صحيحًا فقولوا: إنه إذا شهد أربع نسوة على المال يُقبل وتنزل منزلة الرجلين والذي قالوا: إنما لم تقم النساء بشطري البينة لأجل نص الكتاب أو للإجماع(٥).

---

(١) في (ز): صحيحة.

(٢) في (ز): صحته للرجال.

(٣) ينظر: فتح الباري ١٢٨/٨، ٥٦/١٣

(٤) رواه البخاري في صحيحه: ٤٠٥/١ مع الفتح، كتاب الحيض، باب ترك الحائض الصوم.

(٥) في (ز): الإجماع.



قلنا: هذا الكلام على القلب أصوب وإلى المعاني أقرب، وهو أن شهادة النساء في أحد شطري البينة، إنما قُبلت معدولًا بها عن الأصول بنص الكتاب أو الإجماع، وأما قبول شهادة رجل وامرأتين في الأموال مع وجود رجلين فنحن لا ندّعي الخلفية والبدلية حتى يلزمنا هذا، وإنما ادعينا أن شهادة النساء في أحد شطري البينة على الأموال والمعاملات إنما قُبلت معدولًا بها عن الأصول بنص الكتاب أو بالإجماع لنوع حاجة وضرورة وهو أن المعاملات تكثر في الأموال كثرة عظيمة وبالناس حاجة إلى إحياء الحقوق وهذه المعاملات تُفعل في الأسواق والبيوت وعند حضور الجماعات وعند حضور الواحد والاثنين، وفي الخلوات أيضًا فساهل[1] الشرع في حجتها نوعًا من السهولة؛ لأنه رُبما يحضره الرجال، وربما يحضره النساء مع الرجال، وربما إذا أراد إقامة البينة يقدر في ذلك الوقت على رجلين، وربما يَقدر على رجل وامرأتين فتحصل بشرع هذه الحجة نوع من الإحياء للحقوق ما لا يحصل بدونها وامتازت الأموال غير سائر الحقوق في هذه الحجة؛ لأن الحاجة التي توجد في الأموال لا توجد في غيرها فإنها لا تكثر كثرتها ولا بلوى فيها كبلواها لأنا بيّنا أن الأبضاع ليست كالأموال من وجوه آخر، وإذا ثبت هذا الأصل في الأنكحة فكذلك كل ما ليس من عقود المال[2] والوكالات والوصايا هي لإثبات التصرفات والولايات، فإنه إنما لا يقبل الشهادة على الإيصاء، فأما على الوصية تقبل[3]، وإثبات الولاية في التصرفات ليس من حقوق[4] المال في شيء وخرج على هذا الأجل؛ لأن

---

(١) في (ز): فتساهل.

(٢) في (ز): الأموال.

(٣) في (ز): فتقبل.

(٤) في (ز): عقود.




الأجل صفة من صفات الدَّين بمنزلة الحلول وصفات المال توابع الأموال، فأما الوصاية والوكالة فليست بتابعة للأموال؛ لأن أسباب التصرفات لا تكون تابعًا[1] لمحال التصرفات، وأما فصل الثبوت مع الشبهات، فلسنا ندّعي سقوط النكاح بالشبهات وإن أمكن الدعوى والخروج عن كل ما قالوه لكنا لسنا نحتاج إلى هذا، وبالطريقة[2] الأولى التي اعتمدنا عليها غُنية عن هذه الطريقة، وقد ذكر الأصحاب في الفرق بين النكاح والمال أشياء لم نر الاعتماد عليها فطرحناها. والله أعلم.

※ (مَسْألة):

أحد الأولياء إذا زوج المرأة من غير كفء لم يجز العقد عندنا في أصح القولين[3].

وعندهم: يجوز[4]، وفيه قول آخر للشافعي[5]: يجوز العقد، وللباقين حق الاعتراض[6]، وهو قول أبي يوسف[7] (من أصحابهم)[8]، فنقول[9]:

---

(١) في (ز): تابعة.

(٢) في (ز): وفي الطريقة.

(٣) الأم: ٥/١٥، المهذب: ٢/٤٩، النكت: ورقة ١٠١/أ، روضة الطالبين: ٧/٨٤.

(٤) مختصر الطحاوي: ص١٧٣، الجوهرة النيرة: ٢٥/١٥، فتح القدير: ٣/٣٠٣، البحر الرائق: ٣/١٤٤.

(٥) زيادة من (ز).

(٦) المنهاج من شرحه مغني المحتاج: ٣/١٤٤، روضة الطالبين: ٧/٥٦.

(٧) مختصر الطحاوي: ص ١٧٣، فتح القدير: ٣/٣٠٣، الجوهرة النيرة: ٢/١٥.

(٨) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٩) في (ز): لنا: إنه.

عقد تضمن تفويت حق الغير فوجب أن لا يجوز.

دليله: الأجنبي إذا زوّج.

وقولنا: «تضمن تفويت حق الغير» ظاهر لا يحتاج إلى دليل.

يبينه: أنه لما تضمن تفويت حق الغير وتفويت حق الغير ممنوع منه في الشرع فقد اتصل بالعقد منع من قبل الشرع، والعقد لا ينعقد مع المانع الشرعي.

يدل عليه: أنه إنما يُطلَق للإنسان استيفاء حقه أو إيفاء الحق لغيره، بشرط أن لا يَتَعرض لحق غيره، فإذا تعرض حق[1] غيره بالإسقاط لم يجز له الإيفاء ولا الاستيفاء.

وأما تحقيق المسألة: وهو أنه لو جاز العقد لجاز بثبوت الولاية للمُزوّج وكما أن الولاية له ثابتة فلصاحبه أيضًا ثابتة، فإن نظرنا إلى ولايته جاز العقد، وإن نظرنا إلى ولاية صاحبه لم يجز العقد فتعارض سبب الجواز وعدم الجواز؛ لأن العقد إنما يجوز لوجود سبب الجواز بلا معارض، فإذا وُجد المعارض انعدم الجواز؛ لأن الدليل يسقط بحجته وحكمه بوجود المعارض والكلام في غاية القوة وسيظهر تمامه في الجواب عن كلامهم.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: نكاح صدر من ولي كامل الولاية فوجب أن يجوز ويلزم.

دليله: إذا زوّجها من كفء، ودليل كمال الولاية كمال السبب، ومع

(١) في (ز): لحق.

كمال السبب لا يجوز أن لا ينعقد العقد. وأما الفقه لهم [٢٠٢/أ] في المسألة: وهو أن حق طلب الكفاءة للأولياء وكل واحد من الأولياء كامل الولاية وإذا كملت الولاية كان كل الحق له، (والحرف أن كل الولاية له، فكل الحق في الكفاءة له، وهذا في كل واحد من الأولياء إذا كان كل الحق له)[١] وهو من أهل إسقاط حقه فإذا أُسقط سقط، وانعدم[٢] ولم يبق شيء يكون للباقين من الأولياء، واستدلوا في أن كل الحق له أنه حق لا يتجزأ ولا يتبعَّض فلم[٣] يتصور أن يكون بعض الحق له فثبت كل الحق قطعًا، ودليل أنه لا يتجزأ ولا يتبعض أنه لا يتصور تعيير بعض الأولياء دون البعض، ولا اندفاع الضرر والعار عن بعضهم دون البعض، ونظير ما قلنا مسألة الأمان فإن ولاية الأمان ثابتة لكل واحد من المسلمين على الكمال فصار كل الحق ثابتًا لكل واحد من المسلمين؛ لأنه لا يتجزأ ولا يتبعض (فإن الحق هو حق الاغتنام والاسترقاق ولا يتصور تجزئته)[٤] فإذا أمن وأسقط حقه سقط، ولم يبق الباقين شيء وصار فوات حق المباقين محالًا به على عدم الحق لا على إسقاطه وإبطاله، كذلك هاهنا. وشبهوا بالقصاص فإن أحد الوليين إذا أسقط سقط الكل؛ لأنه قد ثبت من أصلنا أن جميع القصاص ثابت[٥] لكل واحد من الوليين على ما ذكروا في كتاب القصاص.

قالوا: وأما الدية للساكت إنما وجبت لتعظيم أمر الدم حتى لا يهدر لأنه

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): فلا.
(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٥) في (ز): واجب.

لم يوجد عنه رضا فإذا لم نُوجب شيئًا يؤدّي إلى الإهدار، واعترضوا (على[1] ما) تعلقنا به من قولنا: إن العقد تضمّن تقويت حق الغير قالوا: هو غير مفوّت حق أحد إنما فوّت حق نفسه إلا أن حق الغير سقط حكمًا مثل الأمان والقصاص بالطريق الذي ذكرنا[2] ثم اعترضوا على هذا الكلام وعلى كلامنا الثاني بما لو زوّجها من كفء وهو إشكال المسألة.

ووجه الإلزام على الأول: أنه تضمن تفويت حق الغير من العقد، وعلى الثاني أنه ولي كامل الولاية وصاحبه ولي كامل الولاية ومع ذلك جاز العقد، قالوا: ولا يجوز الاعتذار عن هذا الفصل بقولكم: إن العقد من كفء حق المرأة فهو بتزوجها يوفى حقها والحق إذا كان على جماعة يجوز أن يقوم بعضهم بإيفائه دون الباقين بمنزلة الدَّين، لا يصح هذا من وجهين: أحدهما أن هذا العقد من حيث العقد هو إيفاء لحق المرأة إلا أنه من حيث طلب الكفاءة استيفاء الحق؛ لأن الحق في الكفاءة لا شك أنه ثابت للأولياء والحق الثابت يسقط مرة ويُستَوفَى مرة فالاستيفاء إنما يكون بالعقد من كفء والإسقاط بالعقد من غير كفء وإذا ثبت أنه استيفاء حق فليس لأحدهما ولاية استيفاء حق الآخر ولا إيفائه، فينبغي أن لا يجوز.

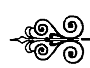
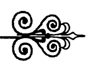
والوجه الثاني: أن هذا العقد وإن كان إيفاء حق المرأة لكن لا تجري النيابة فيه من غير إذن مَن ثبت له حقُّ الإيفاء بدليل الأجنبي لا يجوز (أن يزوّج من غير)[3] نيابة عن الأولياء بخلاف الدَّين فإن يجوز للأجنبي أن

---

(١) في (ز): بما قلناه على ما احججنا به و

(٢) في (ز): قلنا.

(٣) في (ز): له أن يزوج من كفء.

يقضيه، ومع هذا في مسألتنا جاز الإيفاء علمنا أن المعنى ما بينا[١]، قالوا: وليس يلزم المرأة إذا تزوّجت من غير كفء؛ لأن حقها ليس هو عين حق الأولياء بل هو حق[٢] غيره؛ لأن حق الأولياء أن لا يدخل في نسبهم مَنْ لا يكافئهم ولا يدانيهم، وحق المرأة أن لا يستفرشها مَنْ لا يكافئها، والضرر في دخول الدنئ الخسيس في نسب جماعة شرفوا بأصل لهم مثل قريش شرفوا بأصل لهم وتميم شرفوا بأصلهم غير الضرر الذي يلحق المرأة باستفراش خسيس إياها فإن ذلك ضرر عظيم محسوس وهذا ضرر من حيث الحكم فهما غَيرانِ، فإسقاط أحدهما لا يوجب إسقاط الآخر، وفي مسألتنا الحق واحد كله[٣] للمزوّج، وربما يقولون الحق لذلك[٤] الأصل وهو أن لا ينتسب إليه خسيس وكل واحد من الأولياء ينوب عنه في ذلك الحق، قالوا: وأما حق الشفعة فهو حقوق[٥] متعددة[٦]؛ لأنه ثبت[٧] بالملك والملك متجزئ والثابت لكل واحد من الشفعاء غير الثابت لصاحبه، وقالوا: في حد القذف إذا قذف أُمّ جماعة وصدّقه بعضهم لا نقول إن التصديق إسقاط لحد القذف؛ لأنه لا يقبل الإسقاط عندنا وإنما نقول: إذا صدّق أحدهم فلم يظهر الوجوب في حقه وظهر في حق الباقين حيث لم يصدّقوه، والحق الواحد يجوز أن يظهر أثره في حق شخص دون شخص وفي مسألتنا الحق واحد،

---

(١) في (ز): بيناه.

(٢) ليست في (ز).

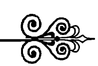
(٣) في (ز): كله ثابت.

(٤) في (ز): صيانة.

(٥) في (ز): حق.

(٦) في (ز): متعدد.

(٧) في (ز): يثبت.




وقد ظهر في حق الكل وقد بينا وجه سقوطه.

❁ **الجواب:**

أما قولكم[(١)]: ولي كامل الولاية، قلنا[(٢)]: نسلم[(٣)] لكن وجه إفساد العقد ما بيّنا[(٤)]، وبأن كان وليًّا كامل الولاية لم يذهب وجه الفساد، لأن وجه الفساد بكون صاحبه وليًّا كامل الولاية أيضًا، وثبوت الولاية الكاملة لصاحبه قبل ثبوت الولاية الكاملة له، [٢٠٢/ب] فيقال بطريق الجدال[(٥)]: لِمَ قلتم: إذا عقد بولايته وهناك صاحب ولاية مثله يجوز العقد؟ ويقال بطريق المعارضة: عقد صَدَرَ ممن غيره فيه كامل الولاية فلا يجوز، ويقال بطريق المفاقهة صدره من كامل الولاية إنما يفيد الجواز إذا لم يتضمن تفويت حق الغير أو صدره من كامل الولاية إنما يفيد الجواز إذا لم تعارض ولايته ولاية أخرى وهذا الذي بيناه[(٦)] في غاية الوضوح وليس يرد عليه شيء من حيث المعنى، وإنما الحاجة ماسّة إلى الجواب عمّا لو[(٧)] زوّجها أحد الأولياء[(٨)] من كفء وحين[(٩)] يظهر عنه الجواب لا يبقى بيد الخصوم شيء من هذه المسألة.

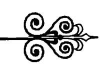
---

(١) في (ز): قولهم.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): سلمنا.
(٤) في (ز): بيناه.
(٥) في (ز): المجادلة.
(٦) في (ز): بينا.
(٧) زيادة من (ز).
(٨) زيادة من (ز).
(٩) في (ز): مهما.

ووجه الجواب عنه: إن نقول أولًا ذلك[١] لم يتضمن تفويت حق الغير أعني في طلب الكفاءة بخلاف مسألتنا ولهذا المعنى لو طلبت المرأة من أحد الأولياء أن يزوّجها من كفء وجبت عليه الإجابة ؛ لأنه لم[٢] يتضمن تفويت حق أحد بخلاف ما لو طلبت التزويج من غير كفء لا تجب الإجابة ؛ لأنه يتضمن تفويت حق الغير، ويقال: في تقرير فصل الطلب كيف لا يجوز العقد في أحد الأولياء إذا كان من كفءٍ ويجب عليه العقد عند طلبها؟ فإنه لا يتصور أن يجب العقد على إنسان بطلب غيره، ثم إذا فعله لا يجوز بخلاف ما إذا كان العقد من غير كفءٍ.

واعلم أنه لا ينزاح بهذا إشكال المسألة فإنهم يقولون: كان ينبغي إذا طلبت من بعض الأولياء أن يزوّجها من كفء أن لا يجب عليه الإجابة للمعنى الذي قلتم فنقول: القياس الكلي أن لا يجوز لأحد الأولياء أن يزوّج المرأة وإن كان من كفء، وهو قول مالك[٣]، وإنما جوّزنا لدفع الحرج[٤] عن النساء، فإن المرأة قد يجتمع لها جماعة من الأولياء من الإخوة[٥] وبني الأعمام وقَلّ ما يتفق اجتماع جماعتهم على العقد خصوصًا مع اختلاف النظر للأزواج وتفاوت همم الأولياء وتخير الأكفاء وربما يغيب بعضهم ويحضر بعضهم فلو أوقفنا[٦] جواز العقد على اتفاق جميعهم أدّى ذلك إلى حرج

(١) في (ز): ذلك العقد.
(٢) في (ز): لا.
(٣) ينظر: الخرشي على خليل ٣/١٨٣، المنتقي شرح الموطأ ٣/٢٦٨.
(٤) في (ز): الضرر.
(٥) في (ز): الأخ.
(٦) في (ز): وقفنا.

عظيم في أمر النساء[1]، وإن[2] لا يصلن إلى حقوقهن من العقد إلا بعد تعب شديد، فالشرع دفع الحرج عن النساء، وجوّز للبعض أن يقوم بالعقد ولكن بشرط أن لا يفوّت حق الباقين وهو بالإضرار بهم إذ هو التفويت المحض فإذا كان من غير كفء فقد أضرّ بهم فتحقق التفويت فلم يجز فإن رجعوا إلى أن التفويت قد وجد من حيث العقد.

قلنا: حقهم أن لا يلحقهم ضرر بدخول غير كفء في نسبهم ولم يوجد هذا المعنى والقدر الذي وُجد لا يُعتبر لأنه قابَلَه الحرج الذي لحق بالنساء، فالشرع أعرض عن ذلك التفويت في مقابلة هذا الحرج، وفي غير الكفء تحقق التفويت وفي اعتبار اجتماع الأولياء بجواز العقد لا حرج؛ لأنه غاية ما فيه إفساد النكاح من غير كفء وذلك لا يُوقع النساء في حرجٍ مّا؛ لأن الأولى والمأمور به هو النكاح من كفء وطريق الوصول إليه قد سهله الشرع على النساء. وأما فصل القصاص فهو دليل عليهم من حيث أن أصل الحق لا يسقط بعفو بعض الأولياء، وأما استيفاؤه إنما امتنع لأجل أنه لا يمكن استيفاء ما لم يُعف عنه إلا باستيفاء ما قد عُفِي عنه، وأما فصل الأمان قلنا: عقد الأمان إذا تضمن تفويته حق الغير لا يصح، وذلك أن يُعقَدَ على وجه يتضمن الضرر بالمسلمين، وهو نظير النكاح من غير كفء.

واعلم أن بعض أصحابهم قال: إن ولاية النكاح إذا كان[3] لا تتجزأ وجب أن يُجعَل عقدُ بعضهم كعقد الكل وحق طلب الكفاءة لما كان واجبًا

(١) في (ز): حق.

(٢) ليس في (ز).

(٣) في (ز): كانت.

جُعل رضا بعضهم بسقوطه بمنزلة رضا الكل، وهذا يدخل عليه جانب السخط وهو أن يجعل سخط بعضهم كسخط الكل وهو أولى؛ لأن السخط يوجب تحريم البضع والرضا يوجب التحليل وإذا اجتمع ما يوجب تحريم البضع وتحليله فالتحريم (أولى والاعتماد على الأول)[1]. والله أعلم.

※ (مَسألة):

إذا غاب الولي الأقرب غيبةً بعيدة[2] زوّج السلطان ولا تنتقل الولاية إلى الولي[3] الأبعد[4].

وعندهم: إذا كان الغيبة منقطعة تنتقل الولاية إلى الأبعد، وصورة المنقطعة على أصولهم هو: أن يكون غائبًا إلى موضعٍ لا تصل القوافل إلى ذلك الموضع في السَّنَة إلا مرة.

لنا:

أن الأبعد محجوب عن الولاية بالأقرب وولاية الأقرب باقية فبقي الحجب.

---

(١) العبارة في (ز) هكذا: بالاعتبار أولى.

(٢) في (ز): منقطعة.

(٣) المهذب: ٤٧/٢، النكت: ورقة ٢٠١/أ، روضة الطالبين: ٥٨/٧، ٧٠، مغني المحتاج: ١٥٧/٣.

(٤) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٢٣٧، مختصر القدوري: ١٣/٢، بدائع الصنائع: ١٣٧٢/٣، فتح القدير: ٢٨٨/٣.

ودليل إبقاء الولاية للأقرب: بقاء علة الولاية من الأقرب وأهلية النظر، وإذا أبقيت علة الولاية بقيت الولاية ومما يدل على بقاء الولاية من حيث الحكم: أن الأقرب لو زوّج في حال الغيبة يجوز، ولولا بقاء الولاية لم يجز وإذا ثبت بقاء الولاية فنقول: عجزت عن الوصول إلى حقها من قبله مع بقاء ولايته فيزوّج السلطان.

دليله: إذا عضل الأقرب [٢٠٣/أ].

۞ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: زالت ولاية الأقرب فانتقلت إلى الأبعد.

دليله: إذا مات أو جُنّ، ودليل زوال الولاية: أن الولاية لا تراد إلا للنظر ونظر الأقرب قد فات بالبعد فصار فوته بالبعد كالفوت بالموت. ودليل أنهما سواء أن المطلوب من النظر ليس وجود الأهلية بل المطلوب هو انتفاع المرأة وإذا(١) غاب وإن بقيت أهلية النظر لكن فات النفع المقصود فصار كما لو عدمت أهلية النظر.

وبعضهم قالوا(٢): فات النظر حكمًا فصار كما لو فات حقيقة، وشبهوا ما ذكرنا(٣) بالبعد عن الماء والبعد عن الماء لابن السبيل يُجعَل كالعدم(٤) في جواز التيمم وحِلّ الصدقة، قالوا: نزيد ما ذكرنا(٥) إيضاحًا وهو أن الولاية

---

(١) في (ز): فإذا.

(٢) في (ز): قال.

(٣) في (ز): ذكرناه.

(٤) في (ز): كالمعدوم.

(٥) في (ز): ذكرناه.

تثبت لحق المرأة وحق المرأة في الوصول إلى العقد من قِبَله فإذا لم تصل فات حقها فلم تثبت الولاية للأقرب (لأنه إذا كان)[١] يثبت لحقها فلا يثبت إذا لم يكن لها حق في الثبوت. وكلامهم ظاهر جدًا، وكذلك الكلام الأول، ولابد من الاعتناء في الجواب من حيث المعنى، قالوا: وأما إذا عضل الأقرب فهناك[٢] النظر حاضر غير فائت إلا أنه امتنع من بذله فانتصب القاضي لاستخراجه[٣] منه[٤]، إما بإلزامه إياه أو بنيابته عنه كما لو كان مالٌ[٥] حاضرًا، وهناك غاصب يمنعه منه، أو كان الماء حاضرًا وهناك ظالم يمنعه منه، (فإذا زال المانع)[٦] لا يحل التيمم ولا الصدقة بخلاف مسألتنا فإن النظر فائت بالبعد كما سبق، وتعلقوا بولاية الحضانة وغيبة القربى فإنها تتنقل إلى البُعدى كذلك في مسألتنا ومنعوا إذا زوَّج في حال الغيبة.

الجواب:

إنا قد بينا بقاء ولاية الأقرب ببقاء علة الولاية، وأما الذي ادّعوا من فوات النظر بالبعد قلنا: لا نسلم الفوات أصلًا كما يفوت بالموت[٧]، لكن نسلم أن في الوصول إليه عسرًا[٨] ومشقةً[٩] وذلك بالانتظار أو الإرسال إليه

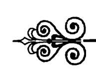
---

(١) في (ز): فإنها إذا كانت.
(٢) في (ز): فإن هناك.
(٣) في (ز): للاستخراج.
(٤) في (ز): عنه.
(٥) في (ز): ماله.
(٦) في (ز): زال المنع.
(٧) في (ز): بالجنون والموت.
(٨) في (ز): عسرٌ.
(٩) في (ز): مشقةٌ.

ليزوّج فعلى هذا نقول: إن أصل الولاية لا يزول؛ لأن القرب وأهلية النظر قائمان والتوصل إلى النظر من قِبَله ممكن في الجملة وهذا الإمكان لا يجوز (أن يُعرض)[١] عنه؛ لأن ولاية الأقرب إنما تثبت مقدمةً على ولاية الأبعد لنوع نظر للمرأة فإن كل مَنْ كان أقرب يكون انظر وهذا الزيادة في النظر لا يجوز أن تفوت عليها؛ لأن حقها في ذلك، فلا يجوز أن تفوّت إذا أمكن التوصل إليها، وقد أمكن لما بيّنا[٢] فبقّينا ولاية الأقرب لما بينا[٣]، وقلنا: المرأة[٤] بالخيار إن شاءت صبرت حتى يقدم أو تراسله وإن خافت ضررًا بالانتظار رفعت الأمر إلى الحاكم حتى تزوِّج من قبله بالنيابة الشرعية، مثل ما لو عضل الأقرب، وهذا الذي ذكرناه حرف في غاية الوضوح، وقد ذهب عليهم في هذه المسألة فإن كان ما قالوه سَرُّ المسألة، فهذا سَرُّ السَّر، والله المحمود على إظهار الحق.

وأما عذرهم عن مسألة[٥] العاضل بوجود الظلم من قبله، قلنا: الظلم غير معتبر إنما المعتبر وجود فوات الحق سواء كان غائبًا أو حاضرًا عاضلًا فقد فات الحق وتعذر عليها الوصول، ألا ترى أن المجبوب والعنين والمُولي جُعلوا بمنزلة واحدة في ثبوت حق الفرقة للمرأة في المواضع الثلاثة، وإن كان المُولي المولى ظالم والمجبوب والعنين غير ظالم[٦] ولكن نُظِر إلى

(١) في (ز): الإعراض.
(٢) في (ز): بيناه.
(٣) في (ز): بيناه.
(٤) في (ز): إن المرأة.
(٥) في (ز): فصل.
(٦) في (ز): ظالمين.




فوات الحق في جانبها. وقيل: هي في المواضع معلقة غير واصلة إلى حقها، فوجب أن يكون في مسألتنا كذلك، وينظر إلى عدم الوصول لا[1] إلى ما قالوه. والله تعالى أعلم بالصواب.

※ (مَسْأَلَة):

لا يجوز للسيد أن يجبر عبدَه على النكاح عندنا[2].

وعندهم: يُجبر[3].

لنا:

أن النكاح عقد خالص للعبد وهو من أهل مباشرته فلا يملك غيره مباشرته.

دليله إذا كان حرًا: وإنما قلنا: «إنه خالص للعبد»؛ لأن النكاح إنما انعقد لمعنىً وهو خالص له فيكون العقد خالصًا له.

ويدل عليه وهو فقه المسألة، وحرفها: أن النكاح تصرف للعبد وعلى العبد لأن نفعَه له وضرره عليه، مثل الشراء في حق الحر، وكل تصرف كان على هذا الوجه لا يُملك[4] الغير على الغير إلا بولاية النظر، مثل ما يملك

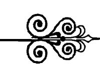
---

(١) زيادة من (ز).

(٢) الأم: ٤٥/٥، المهذب: ٥١/٢ ـ ٥٢، النكت: ورقة ٢٠٢/ب، روضة الطالبين: ١٠٢/٧، التهذيب: ٢٦٧/٥، البيان: ٢١٧/٩.

(٣) مختصر الطحاوي: ص ١٧٤، المبسوط: ١١٣/٥.

(٤) في (ز): لا يملكه.



الأولياء على الأقارب، وولاية النظر لا تثبت إلا بشرطٍ وهو عجز المُولي عليه عن النظر، والعبد من أهل النظر لنفسه فلا يثبت لأحد عليه ولاية النظر، وأيضًا فإن التزويج لو كان لولاية النظر لثبت لأنظر الناس للعبد، ألا ترى أن في ولاية الأقرباء تثبت للأنظر فالأنظر [٢٠٣/ب] وأجمعنا على أن العبد إذا كان له أب رشيد فالولاية للسيد لا للأب، ونحن نعلم قطعًا أن الأب أنظر وأشفق فثبت أنه لا يجوز أن يكون تزويج السيد يمثل هذه الولاية وإذا بطلت هذه لم يتصور أن يملك التزويج؛ لأن مثل هذا العقد لا يُستفاد إلا بمثل هذه الولاية ولا يجوز أن يستفاد بالملك؛ لأن الملك إنما يفيد عقدًا هو للمالك، فأما العقد للغير فلا يستفاد بولاية الملك. فإن قالوا: لم قلتم، قلنا: لأن الملك له والعقد ثمرته (وما للإنسان)[1] لا يُثمر شيئًا هو لغيره إنما يُثمر شيئًا هو له كالشجرة تُثمر لصاحب الشجرة والأرض تُنبت لصاحب الأرض.

يدل عليه: أن سائر التصرفات التي يملكها في المحل (بملك المحل)[2] تكون له، فلو ملك هذا التصرف لَمَلَكَ[3] من حيث أنه له وحين علمنا قطعًا أنه ليس له إنما هو لغيره دل أنه لا يملكه بِملك المحل.

ويمكن أن يقال: إن العبد في أصل ملك النكاح بمنزلة الحر فإن أهلية ملك النكاح لا تصير مسلوبة بالرق، فصار محل هذا العقد من حيث إنه آدمي لا من حيث إنه مملوك وبالملك إنما يملك عقد[4] تصرف[5] يصير الشخص

(١) في (ز): مال الإنسان.
(٢) زيادة من (ز).
(٣) في (ز): ملكه.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): تصرفًا.

محلا له من حيث المملوكية ليصير[١] السيد مالكًا له من حيث المالكية، فأما العقد الذي لم يصر العبد محلا له من حيث المملوكية لم يملك السيد من حيث المالكية، وهو كالحدّ على أصلهم لما لم يَصر[٢] العبد محلًا له من حيث المملوكية لم يملك[٣] السيد من حيث المالكية، وعندنا ملكه السيد[٤] لأنه حق الشرع وجميعُ المسلمين خصوم في حق الشرع، إلا أنه يُعتبر أن يكون للمستوفى اختصاص بالمحل، ليُمكنَ التفويض إليه؛ لأنه إذا لم يُعتبر ذلك الاختصاص صار (كل الناس)[٥] سواء فيؤدّي إلى ضياع الحد، إما بالتنازع أو بالتواكل على ما ذكرنا في تلك المسألة، أما في مسألتنا النكاح[٦] محض حق العبد فلا يملك عليه أحد مع أهليته وهذا في غاية الوضوح والقوة وهو المعتمد.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: العبد شخص يملك السيد بيعه فَمَلَكَ ترويجه.

دليله: الأمة. وربما يقولون مالك لرقبته مثل الأمة، وهذا لأن علة ملك التزويج ملك الرقبة؛ لأن ملك النكاح في حكم ملك العين، بدليل أن النبي ﷺ قال: **(النكاح رق)**[٧]، والرقبة توصف بالرق لا المنافع.

---

(١) في (ز): كيف يصير.
(٢) في (ز): يكن.
(٣) في (ز): يملكه.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): كل الناس.
(٦) في (ز): فالنكاح.
(٧) سبق تخريجه ص٢٦.

ويدل عليه: أن السكن والازدواج مقصود في النكاح. ويمكن أن يقال: النكاح معقود للسكن والازدواج بدليل قوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا﴾[1]. وقال في موضع آخر: ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾[2] والسكن والازدواج إنما يتصور للذات بالذات فثبت أن ملك النكاح في حكم ملك العين وهذا لأن الذات منكوح كما أن الذات مبيع فصار علة ملك النكاح في المحل هو ملك الرقبة وهذه العلة موجودة في العبد قبل وجودها في الأمة.

قالوا: وقولكم: إن النكاح للعبد هذا موجود في الأمة؛ لأن النكاح للأمة بدليل أن المطالبة بالوطء إليها وكذلك إذا كان الزوج مجبوبًا أو عنينًا لها المطالبة بالفسخ، ولأن النكاح يعقد لقضاء الشهوة والوطر والنسل والسكن والازدواج، وهذه المقاصد للأمة لا للسيد. قالوا: وأما وجوب المهر فلا ينظر إليه؛ لأن المهر تبع في النكاح فلا ينظر إليه وإنما ينظر إلى المقاصد الأصلية وهي كلها للأمة لا للسيد فثبت أن علة ملك النكاح في الأمة ليست إلا ملك الرقبة وهذا وجد في العبد فيَملِك[3] أيضًا، قالوا: ولا يجوز أن يقال أن منافع بضع الأمة مملوكة للسيد فقد عقد على محلٍ مملوكٍ له؛ لأن عقد النكاح لا يُملك بملك ما يستحق عقد[4] النكاح[5] بدليل الزوج قد مَلَكَ ما يُستحق بالنكاح ولا يملك عقد النكاح على منكوحته للغير وفي الأمة

---

(١) سورة الأعراف، آية: ١٨٩.

(٢) سورة الروم، آية: ٢١.

(٣) في (ز): فَمَلَكَ.

(٤) ليست في (ز).

(٥) في (ز): بالنكاح.

المجوسية والأخت من الرضاع لم يملك السيد منافع بضعها، ومع ذلك يملك تزويجها. والدليل على أنه لا يملك منافع بضعها: أنه لو وطئها سقط[1] إحصانُه ولو كانت منافع بُضعها مملوكة له لم يسقط إحصانه كما لو وطئ الحائض أو النفساء؛ لأن ملك البضع لا يُعرف[2] إلا بحل الاستمتاع فإذا لم يحل الاستمتاع دل أن الملك فائت، وأما كون العوض له كان[3] لأنها ليست بمحل أن يكون العوض لها فوجب لأقرب الناس وأولى الناس بها وهو السيد (مثل ما)[4] قلناه في بدل الدم. ومجموع كلامهم وملخصه[5]: أن علة ملك عقد النكاح هو ملك الرقبة، ودليله: هو كون النكاح في حكم ملك العين.

ومعتمدهم: التمسك بالأمة بالطريق الذي قلنا[6].

وقالوا على قولنا: إن العقد على الغير لا يملك إلا بولاية النظر قال[7]: يدخل عليه فصل الأمة فإن [٢٠٤/أ] الملك[8] إذا وُجد صلحت علة لملك هذا العقد وأُلحق هذا العقد بسائر العقود التي تُملك بملك المحال، قالوا: وإن قلنا إن هذا العقد يملك بالولاية النظرية فلا يبعد أن يكون ملك الرقبة علة لها؛ لأن ملك رقبة العبد سبب باعث للشفقة والنظر مثل القرابة سواء. والاعتماد على الأول، وقالوا على قولنا: أن ملك النكاح للعبد ليس من حيث

(١) في (ز): لسقط.
(٢) في (ز): لا يُعلم.
(٣) في (ز): إنما كان.
(٤) في (ز): كما.
(٥) في (ز): وتلخيصه.
(٦) في (ز): قلناه.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): ملك الرقبة.




أنه مملوكه[١] بل من حيث أنه[٢] آدمي بلى، ولكن هذا الآدمي مملوك بذاته فيصح ملك ذاته علة لملك عقد صار محلًا له بذاته ثم قالوا: لو كان الأمر على ما قلتم وقررتم وجب أن يملك العبد النكاح بنفسه ولا يحتاج إلى استئذان المولى كما نقول في الإقرار بالقود وحين لم يملك دَل أن هذا العقد يُشبه العقود المعقودة على الأموال[٣] بالإملاك وقد قال بعضهم: إن النكاح من مصالح الملك؛ لأن فيه تحصين الملك، ألا ترى أن فيه إعفاف العبد وفي إعفافه تحصين الملك، ألا ترى أنه لو لم يُعفّ ارتكب الفاحشة فيُضرب ويُعذّب، وأيضًا يُقام[٤] الحد فربما يَهلِكَ وتتلف المالية فيه فثبت أن عقد النكاح من عقود مصالح الملك فيستفاد بملك الرقبة مثل سائر مصالحه من التعزير والختان وغيره وهو مثل إقامة الحد على مذهبكم، قالوا: وأما عندنا لا يملك لما بينا أنه (حق الله تعالى)[٥] فيكون الواجب لله تعالى فلا يستوفيه[٦] إلا الإمام الذي ينوب عن الله تعالى في استيفاء حقه[٧].

۞ الجواب:

أما الذي قالوا يملك بيعه فيملك تزويجه، قلنا: التعلق بالبيع إنما يصح إن لو اتحد محل البيع ومحل النكاح، وكذلك التعليل بملك الرقبة إنما يصح

(١) في (ز): مملوك.

(٢) زيادة من (ز).

(٣) في (ز): الأملاك.

(٤) في (ز): يقام عليه.

(٥) في (ز): حق الله تعالى فإن الزنا جناية على محض حق الله تعالى.

(٦) في (ز): يستوفيها.

(٧) في (ز): حقوق.

أن لو وَرَدَ عقد النكاح على الرقبة، فبيّنوا اتحاد المحل وبيّنوا ورود النكاح على الرقبة، حتى يصح هذا التعليل وهذا لأن البيع تصرف خالص للسيد باشره في محل مملوك له فيصح منه، أما النكاح تصرف خالص للعبد وملك الرقبة يصلح علة لتصرف يعقده صاحب الرقبة لنفسه أما لا يصح لتصرف يعقد لغيره، ولهذا لو اشترى لعبده لا يصح وعندكم العبد أهل التصرف الذي هو الشراء مثل ما هو أهل التصرف الذي هو النكاح ومع ذلك لا يملك أن يعقد له الشراء فليكن النكاح كذلك.

وقولهم: «إن ملك النكاح في حكم ملك العين»، ليس كذلك، بل هو عقد على المنفعة لأنها المستوفَى والمستحق بعقد النكاح، وأما قوله ﷺ: **(النكاح رق)**[1] فإنما ذكر ﷺ بطريق المجاز للحبس الثابت على النساء بسبب النكاح.

وأما قولهم: «إن عقد النكاح معقود للسكن والازدواج»، ليس كذلك، بل هو معقود للاستمتاع، والسكن ثمرة العقد وفائدته، لأن العقد إنما يرد على معقود عليه موجود، وليس ذلك إلا المنفعة وإذا قررنا على هذا الوجه سَقَطَ تعلقهم بملك الرقبة؛ لأن ملك الرقبة إنما يصلح بعقد[2] يرد على الرقبة، وأما تعلقهم بالأمة فهو مشكل المسألة[3].

قلنا: قد فرقتهم بين نكاح الأمة ونكاح[4] العبد فإن عندكم السيد[5]

(١) سبق تخريجه ص٢٦.
(٢) في (ز): علة لعقد.
(٣) في (ز): في المسألة.
(٤) ليست في (ز).
(٥) ليست في (ز).

يملك الإقرار بنكاح الأمة ولا يملك الإقرار بنكاح العبد، وَمَنَعَ بعضُهم جانب العبد وليس بمذهب أبي[1] حنيفة.

وكذلك قالوا: إن المكاتَب يملك تزويج الأمة من كسبه ولا يملك تزويج العبد، وكذلك الوصي والقيّم في حق الطفل[2].

ثم الجواب المعتمد: أن نكاح الأمة عقد للسيد بدليل أن المهر له والنفقة تسقط عنه ولأنه يزيل (الملك من)[3] منافع البضع فيدخل في هذا العقد دخول معتاض عن محلٍ مملوكٍ له مثل ثوب يبيعه ودابة[4] يُوآجرها وفي مسألتنا بخلافه.

وقولهم: إن مقاصد العقد تكون للأمة، قلنا: حقوق المنكوحة في الاستمتاع تابعة لحقوق الزوج بدليل أنه القوّام عليها بالطلاق والحبس وترك التبرج.

يبينه: أنه المُعطي للعوض فيكون (المعوِّض له والمنكوحة لم تُعطِ)[5] شيئًا ليكون (منافع الزوج)[6] لها وإذا كانت ثمرات هذا العقد على هذا الوجه فوجب أن ينظر إلى ابتداء العقد، وابتدأوه صادف حق السيد بالإزالة وطلب العوض عليه فكان مثل البياعات والإجارات في حقه فَمَلَكَه كما يملكه هذه العقود.

(١) في (ز): لأبي حنيفة.
(٢) ينظر: النكت: ورقة ٢٠٣/أ.
(٣) في (ز): ملكه عن.
(٤) في (ز): كدابة.
(٥) في (ز): له ولم تعط هي.
(٦) في (ز): هو.

وأما قولهم: إن عقد النكاح لا يُستَفادُ بملك ما يستفاد بعقد النكاح.

قلنا[1]: نحن لم نتعرض في طريقنا لهذا ثم إن تعلقنا بملك الحِلّ فهو صحيح، ومسألة الزوج في نهاية[2] الضعف؛ لأن ملك النكاح لا يعرف إلّا بحل الاستمتاع، وملك النقل من ثمرات ملك اليمين على الخصوص، [٢٠٤/ب] وسيأتي هذا من بعد.

وأما مسألة الأمة المجوسية، والأخت من الرضاع فهو مالك لمنافع بضعها قطعًا وسقوط الإحصان على قولهم، والدليل عليه كون العوض له وإنما منع من الاستيفاء بعارض[3] دليلٍ مثل ما يمنع من وطء الحائض والنفساء.

وأما قولهم: أنا[4] إن تعلقنا بالولاية النظرية فالملك[5] باعث على النظر فقد قلنا: إن ولاية النظر إنما تثبت على عاجز من[6] النظر وَلِمَنْ هو أنظر وأشفق (وليس لهم)[7] على هذا كلام أصلًا.

وأما قولهم: إن الأمر لو كان على ما قلتم لملك العبد النكاح[8] بدون إذن السيد.

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): غاية.
(٣) في (ز): لعارض.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): والملك.
(٦) في (ز): عن.
(٧) في (ز): ولا يرد.
(٨) زيادة من (ز).




قلنا: إنما لم يملك، لأن العقد يعود بالضرر إليه فإنه يستحق كسبه بالمهر والنفقة فلأجل هذا الضرر أعتبر إذن السيد وللسادة أن لا يرضوا بعقود الضرر في أملاكهم، وأما الإقرار بالقصاص إنما صح لأنا لو لم نقبل أدِّي ذلك إلى مفسدة عظيمة وهو سد باب ظهور القصاص بهذا الطريق، فإنا[1] لم نقبل إقرار السيد، فإذا[2] لم نقبل إقرار العبد أدّى ذلك إلى سد الباب بخلاف مسألتنا فإنه يمكن (أن يعقد)[3] العقد بإذن السيد فأوقفنا[4] على إذنه نظرًا للجانبين فلا يتصور الإقرار بالإذن، فجوّزنا منه ابتداء لئلا يؤدّي إلى فوات القصاص أصلًا. وفصل مصلحة الملك ضعيف، لأنه معنى تابع[5] وإنما الأصل حق[6] العبد، وباعتبار التابع لا يملك العبد[7] وهو مثل ما قالوا في إقامة الحد على العبد لأنه لا يملكه السيد باعتبار إصلاح الملك ولعل إصلاح الملك به أكثر ولكن قالوا: لا يملك لأنه تابع والأصل استيفاء حق الله تعالى، كذلك هاهنا. وقد تعلق بعضُ أصحابنا بفصل الطلاق وقالوا: لما ملك العبدُ الطلاقَ لا يُجبر على النكاح؛ لأن النكاح على مالك الطلاق لا يفيد فائدة والعقد (إذا لم يُفِد فائدة)[8] لا ينعقد، وهذا ضعيف جدًا، لأنه قد أفاد من[9]

---

(١) في (ز): فإذا.
(٢) في (ز): و.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): فأوقفناه.
(٥) في (ز): هو تابع.
(٦) في (ز): في حق.
(٧) في (ز): العقد.
(٨) في (ز): الذي لا يفيد.
(٩) ليست في (ز).

ثبوت الحِلّ وملك الاجتماع وإنما فات بقاؤه بالطلاق والعقد ينعقد لثبوت حكمه، فأما البقاء لعدم القاطع فإن وُجد انقطع وإن لم يوجد يبقى.

يبينه[1]: أن الثبوت لا يكون علة البقاء فكيف يُستدل بفوات البقاء على عدم الثبوت. يدل عليه: أن مَنْ اشترى قريبه ينعقد الشراء للملك[2]، ثم لا يبقى لوجود القاطع وقيام دليله، وأصل العقد صحيح، كذلك هاهنا، وإنما يعول على مثل هذه الطرق مَنْ لا يعرف معاني الفقه، والله أعلم بالصواب.

❊ (**مَسْألة**):

لا ينعقد النكاح بغير لفظ الإنكاح والتزويج عندنا[3].

وعندهم: ينعقد[4]. وحاصل مذهبهم أن كل لفظ يحصل به ملك الرقبة ينعقد به النكاح كناية عن لفظ الإنكاح والتزويج.

❊ **لنا:**

قوله عليه السلام: (**اتقوا الله في النساء فإنهن عندكم عوان اتخذتموهن**[5] **بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله)**[6] و(**كلمة الله**) هاهنا هي ما وَرَد في

---

(١) في (ز): يدل عليه.

(٢) في (ز): للمالكية.

(٣) المهذب: ٢/٥٣، النكت: ورقة ٢٠٣/أ، روضة الطالبين: ٧/٣٦.

(٤) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٤٥٣، مختصر القدوري: ٢/١٠، المبسوط: ٥/٥٩، فتح القدير: ٣/١٩٣.

(٥) في (ز): أخذتمهن.

(٦) رواه مسلم في صحيحه: ٨/١٨٣ مع النووي، كتاب النكاح.

(كتاب الله)[١] وذلك لفظ الإنكاح[٢] والتزويج.

وقوله: **(استحللتم فروجهن بكلمة الله)** دليل على أنها لا تستحل بغير كلمات[٣] الله مثل قوله تعالى: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾[٤] دليل على أنها لا تبتغي بغير المال.

يدل عليه: أن تخصيص الاستحلال بكلمة الله مشعر[٥] بنوع شرف وحرمة لهذا الملك فلا يجوز تبديلها بغيرها محافظة على الشرف المشروع له[٦] كما يُحافَظ على سائر الشرائط المشعرة بشرفه وحرمته.

وأما من جهة المعنى فنقول: النكاح ليس من عقود الأموال فلا ينعقد بلفظ عقود الأموال، ولهذا لا[٧] ينعقد بلفظ الإجارة والقرض ولم تنعقد عقود الأموال بلفظ الإنكاح والتزويج.

وقولنا: «ليس من عقود الأموال» ظاهر لا يخفى على فقيه.

وأما فقه المسألة نقول: النكاح عقد خاص يُعقَد لحكم خاص لثمرة خاصة فلا يُعقَد إلا باللفظ[٨] المخصوص به في الشرع كما لا يُعقد غيره بغير لفظه.

---

(١) في (ز): كلامه.
(٢) في (ز): النكاح.
(٣) في (ز): كلمة الله.
(٤) سورة النساء، آية: ٢٤.
(٥) في (ز): يشعر.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): لم.
(٨) في (ز): بلفظه.

وقولنا: «عقد خاص» فلأن[1] جميع[2] عقود المعاملات تعقد لطلب الأموال وحقوقها وهذا العقد ليس من عقود المعاملات أصلًا[3] بل هو في نفسه عقد خاص بشروط خاصة وإنما قلنا: أنه ملك خاص وهو[4] ملك لا يُعرف إلا بحل الاستمتاع، ألا ترى أنه لا يجوز فيه النقل والاعتياض.

وقولنا: «لثمرة خاصة» نعني بها السكن والازدواج. ويمكن أن يقال أن السكن والازدواج هو الأصل في الباب؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا﴾[5] وحل الوطء لتمام السكن والازدواج إلا أن الأولى ما ذكرنا[6] من قبل[7]، وجعله ثمرة أولى من جعله معقودًا عليه.

وإذا ثبت هذا الأصل فلم ينعقد إلا بلفظه خاصة [٢٠٥/أ] بل نقول: يتعين له اللفظ الخاص الوارد له في الشرع ليشعَرَ بالخاصية الثابتة له، ولأن اللفظ المشروع في الأصل لا يُفهم من معناه إلا الضَّم والازدواج؛ لأن النكاح مأخوذ من الضَّم والتزويج من التلصيق والازدواج وليس في ألفاظ العقود الأخرى ما[8] يفيد هذا المعنى بحال، والألفاظ قالب المعاني، والأصل هو المعاني، فكيف ينعقد النكاح بغيره من ألفاظ العقود مع وجود هذا التباين

(١) في (ز): لأن.
(٢) في (ز): سائر.
(٣) في (ز): قطعًا.
(٤) في (ز): وهو أنه.
(٥) سورة الأعراف، آية: ١٨٩.
(٦) في (ز): ذكرناه.
(٧) في (ز): قبله.
(٨) في (ز): لفظ ما.




والاختلاف، ولهذا السبب لا ينعقد عقدٍ مَّا بلفظ الإنكاح والتزويج. وقد تعلق الأصحاب بمسائل للقياس[1] عليها وأحسنها الإجارة والإباحة والوصية.

ووجه التعلق بالإجارة: أنه عقد على المنفعة مثل النكاح.

ووجه التعلق بالإباحة: إنها[2] موجب عقد النكاح.

ووجه التعلق بالوصية: أنها[3] سبب لملك المنفعة، وهو[4] إذا أوصى لإنسان[5] بجارية فإن قالوا: إنها تفيد الملك معلقًا بالموت، قلنا: هذا إذا انعقد وصيةً فقولوا إنها تصير كناية عن النكاح وإذا انعقد نكاحًا ثبت في الحال ولا ننظر إلى تعلقه في الأصل بشرط الموت، وهذا كما أن الهبة توجب الملك بشرط القبض، ثم قلتم إذا عُقِدَ بها[6] النكاح أوجب حكمه في الحال، ولم ينظر إلى شرط القبض فيها ووقوفه عليه في الأصل، كذلك هاهنا.

۞ وأمّا حجّتهم:

فاعلم أن معتمدهم: هو أن لفظ الهبة يصلح كناية عن لفظ النكاح فإذا[7] صلح كناية (كان كناية وصار)[8] لفظ النكاح بمنزلة المصرح به كما في سائر الكنايات في سائر المواضع، ثم الدليل على أنه يصلح كناية أن الهبة سبب

---

(١) في (ز): القياس.
(٢) في (ز): أنه.
(٣) في (ز): أنه.
(٤) في (ز): وهو أنه.
(٥) في (ز): الإنسان.
(٦) في (ز): به.
(٧) في (ز): ولئن.
(٨) في (ز): عن.

لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة والنكاح لملك المتعة[١] بلا واسطة وإذا كان عقد الهبة سببًا لملك المتعة[٢] الذي هو حقيقة النكاح فصلح أن يكون كنايةً عنه لأن من كلام العرب الكناية بالسبب عن المسبب مثل كنايتهم بالمسيس عن الوطء؛ لأنه سببه وكنايتهم بالسماء عن المطر لأنه سببه وهذا لأن المجاز له طريقان في كلام العرب:

أحدهما: وجود الاتفاق في (المعنى الخاص)[٣] بين الشيئين، مثل الحمار يكنى به عن البليد، والأسد يُكنى به عن الشجاع.

والطريق الثاني: هو الكناية بالسبب عن المسبَّب مثل ما بينا، وفي مسألتنا قد وُجد أحد الطريقين فاستقام التكلم بالمجاز وإذا استقام لوجود طريقه لا يجوز أن يُلغى؛ لأن كلام العاقل إذا وُجد وقد صَدرَ ممن هو من أهل الكلام (لا يُلغَى)[٤] إلا أنه يحتاج إلى محل يصح[٥] فيه الكلام[٦]، ونعني بالمحل محل عمله ليفيد وإذا[٧] وجدناه صحيحًا بطريق من طُرُق أهل اللسان لم يُجز إلغاؤه وإبطاله مثل الكلام الذي استعمل في محله الذي هو حقيقة له، وقد قيل: إن المستعار من الكلام أحسنُ وأبلغُ في إفادة المعنى من الكلام الذي هو حقيقة مستعملة في محله.

---

(١) في (ز): المنفعة.
(٢) في (ز): المنفعة.
(٣) في (ز): المعاني الخاصة.
(٤) في (ز): فإنه يحمل على الصحة ويعتبر.
(٥) في (ز): ليصح.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): فإذا.




وقد ذكروا في حد المجاز أنه كلام مستعار من محل استُعمل في محل آخر[١] لنوع اتصالٍ بينهما بعد أن يكون الكلام المستعار أبلغ في إفادة المعنى المقصود من الكلام المستعار لأجله وهذا مثل (الشجاع والحمار والبليد)[٢].

قالوا: ولا يجوز أن يقال: أن المجاز يجب أن يكون منقولًا من العرب مثل الحقيقة حتى يصح فيه الاستعمال والنقل غير موجود وذلك لأن هذا[٣] الدعوى يجوز أن يقال: أنها تصح في الحقائق، فأما في المجازات والاستعارات فلا؛ لأن طريق المجاز إذا صح وعُرِفَ من كلام العرب ووجد الاستعمال على موافقة طريقهم صح الكلام ونظير الحقائق المنصوص لابد لها من النقل ونظيرُ المجازات الأقيسَةُ إذا عُرف طريقها صح استعمالها من كل مجتهد.

يدل عليه: أن الشعراء والخطباء وأهل الرسائل استعملوا المجاز والمستعار في كلامهم وصح منهم ذلك، ولم يُعد خطأً وعدولًا عن كلام العرب ونحن نعلم قطعًا أن مستعملاتهم على هيئآتها غير منقولة من[٤] العرب[٥] وأهل اللسان وصحت منهم لاستعمالهم ذلك عن طريق كلامهم، كذلك هاهنا. قالوا: وأما استعمال لفظ النكاح والتزويج في سائر العقود إنما لم تصح؛ لأن النكاح ليس بسبب للحاصل بهذه العقود، حتى يصح اللفظ كناية بالسبب عن المسبب، ولا يجوز أن يقال: وجب أن يصير المسبب كنايةً

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): الأسد في الشجاع والحمار في البليد.
(٣) في (ز): هذه.
(٤) في (ز): عن.
(٥) ليست في (ز).

عن السبب؛ لأن هذا لم يتكلم به العرب فلا يجوز إثباته من غير نقلٍ.

قالوا: ولا يلزم لفظ الإجارة، [٢٠٥/ب] لأنها لا تصلح كناية عن لفظ النكاح؛ لأنه ليس بسببٍ لملك المتعة[١] بحال، وكذلك لفظ العارية والإباحة وكذلك لفظ القرض؛ لأن القرض في الجواري لا يجوز عندنا بحال، وملك المتعة لا يتصور إلا في الجواري، قالوا: ولا يجوز أن يقال: أن الكناية لا تصح إلا بالنية، والنية لا يطّلع عليها الشهود، فخلا[٢] النكاح عن الشهود؛ لأن الكناية ليست من شرط صحتها النية وقد تصح الكناية من غير النية؛ لأنه النية تصرف الكلام عن أحد وجهي الاحتمال إلى الوجه الآخر وهذا قد يكون بالنية وقد يكون بدلالة الحال على ما عرف من مذهبنا في الطلاق، وهاهنا دلالة الحال تغني عن النية، ودلالة الحال هو إحضار الشهود، وقراءة الخطبة، وذكر المهر.

تبينه: أنه يقول: وهبتُ منك ابنتي (هذه على صداق كذا أو بمهر)[٣] ألف[٤] درهم، فأي اشتباه بقي هاهنا؟ ولئن صوّروا[٥] في موضع يقع[٦] الاشتباه فالشهادة إنما تقع على ظاهر اللفظ، وبه ينعقد النكاح، والنية تصرفُ اللفظ عن أحد المحتملين إلا الآخر ولا معنى للإشهاد عليه؛ لأن انعقاد النكاح لا يكون به، إنما يكون باللفظ. قالوا: ألا ترى أنه لو عَقد النكاحَ

(١) في (ز): المنفعة.
(٢) في (ز): فعرى.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): بألف.
(٥) في (ز): صورتم.
(٦) في (ز): يقع فيه.

أعجميان بشهادة[1] أعرابيين أو أعرابيان بشهادة[2] أعجميين صح[3] النكاح باعتبار سماع صورة اللفظ ولم يُعتبر علم معناه كذلك هاهنا، وقد احتج كثير من مشايخهم: بقوله تعالى: ﴿وَٱمۡرَأَةً مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنۡ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسۡتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ﴾[4] فالله تعالى جعل الهبة جوابًا للاستنكاح، وجواب الاستنكاح تكون بالإنكاح، وإذا صح نكاح النبي ﷺ بلفظ الهبة صح نكاح الأُمة؛ لأنه ﷺ والأُمة لا يختلف في أحكام الشرع إلا في الشاذ النادر عند قيام الدليل.

قالوا: وأما قوله تعالى: ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ﴾ معناه أنها لا تحل لأحد من الناس بعده فتكون خالصة له بهذا الطريق، وقال بعضهم: معنى الخلوص[5] منصرف إلى سقوط المهر بدليل قوله تعالى: ﴿لِكَيۡلَا يَكُونَ عَلَيۡكَ حَرَجٌ﴾[6]، والحرج في نقد المهر؛ لأنه[7] ليس في ذكر لفظ النكاح والتزويج حرج[8]، ويستدلون بالخبر الثابت عن النبي ﷺ برواية سهل[9] بن سعد في قصة الواهبة نفسها أنه ﷺ قال لذلك الرجل: (**ملّكتكها**

---

(١) في (ز): بحضرة.

(٢) في (ز): بحضرة.

(٣) في (ز): فيجوز.

(٤) سورة الأحزاب، آية: ٥٠.

(٥) في (ز): الخالصة.

(٦) سورة الأحزاب، آية: ٥٠.

(٧) ليس في (ز).

(٨) ليست في (ز).

(٩) سهل بن سعد بن مالك الأنصاري الخزرجي الساعدي له ولأبيه صحبه مات سنة ٨٨هـ روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص١٣٨.

بما معك من القرآن)[١] وهذا نص.

الجواب:

أن قولهم: «لفظ الهبة يصلح كناية»، لا نسلم، وهذا لأن خاصية هذا العقد من بين سائر العقود في الشرع ذاتًا وحكمًا وثمرةً يمنع استعمال لفظ غيره في عقده كنايةً ومجازًا حتى لا تبطل الخاصية كما لا يستعمل لفظ الإنكاح والتزويج في عقدٍ مًّا، وعذرهم باطل؛ لأن ملك المتعة[٢] إن لم يكن سبب ملك الرقبة فهو مُسَبِّبُه، فوجب أن يصح العقد كناية بالمسبِّب عن السبب، ألا ترى أن الله تعالى قال: ﴿إِنِّيٓ أَرَىٰنِيٓ أَعۡصِرُ خَمۡرٗاۖ﴾[٣] أي عنبًا كناية بالمسبِّب عن السبب، وقال الأعرابي: «هلكتُ»[٤] حين واقع في نهار رمضان، وكنى بالهلاك عن المواقعة، وهو بالطريق[٥] الذي قلنا، وكذلك على أصلهم، وعندنا أيضًا إذا قال: اعتدّي، ونوى الطلاق يقع الطلاق، ويكون كناية (بالمسبب عن السبب)[٦]، ولهم كلام على هذا نذكر[٧] في

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ١٨١/٩، ١٩١ مع الفتح، كتاب النكاح، باب النظر إلى المرأة قبل التزويج.

(٢) في (ز): المنفعة.

(٣) سورة يوسف، آية: ٣٦.

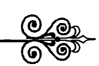
(٤) في (ز): هلكت وأهلكت، رواه البخاري في صحيحه: ١٦٣/٤ مع الفتح، كتاب الصوم، باب إذا جامع في رمضان.

ومسلم في صحيحه: ٢٢٤/٧ ـ ٢٢٦ مع النووي، كتاب الصوم، باب تحريم الجماع في نهار رمضان.

(٥) في (ز): الطريق.

(٦) في (ز): بالسبب عن المسبب.

(٧) في (ز): نذكره.

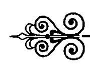
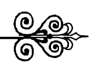
مسألة الكناية بلفظ الطلاق (عن العتاق)[١]، وهذا الجواب معتمد.

جواب آخر أقوى من هذا: إن ملك المتعة[٢] في الهبة والبيع غير ملك المتعة[٣] في النكاح بدليل الأحكام من جواز النقل والاعتياض والقطع بالطلاق وغيره، والتحريم بالظهار وبدليل أن الحرية تنافي ملك المتعة[٤] بملك اليمين، ولا تنافي بملك النكاح، فإذا كان غيره فلم تكن الهبة سببًا لملك المتعة[٥] الثابت بالنكاح بحال. فإن قالوا: هو ذلك الملك ألا أن في النكاح ثبت مقصودًا وفي الهبة والبيع ثبت تبعًا لملك الرقبة فأخذ حكم ملك الرقبة في جواز النقل، وجواز الاعتياض، واختلف أحكامها باختلاف السبب.

قلنا: لا ننكر أنه هو ذلك حسًّا إلا أنه غيره مشروعًا ومحكومًا والمغايرة تُعرف بتغاير الأحكام واختلافها، (وقوله: ثبت)[٦] تبعًا، قلنا: هو الدليل على أنه غيره، فإن ملك المتعة[٧] بالنكاح استقل بنفسه ثبوتًا والمتعة[٨] بملك اليمين لم يستقل بنفسه ثبوتًا، وعلى (قطع نعلم على)[٩] أنه غيره يقينًا، ويقال: بطريق الجدال: إنما يصح اللفظ كناية عن اللفظ إذا اتفقا فيما يدل على اللفظ[١٠] بوجهٍ ما.

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): المنفعة.
(٣) في (ز): المنفعة.
(٤) في (ز): المنفعة.
(٥) في (ز): المنفعة.
(٦) في (ز): وقولهم: إنه يثبت.
(٧) في (ز): المنفعة.
(٨) في (ز): المنفعة.
(٩) في (ز): هذا يعرف.
(١٠) في (ز): اللفظ عليه.

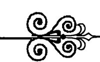



وقد بيّنا أن النكاح يفيد الضم، والتزويج يفيد الازدواج، [٢٠٦/أ] ولا يوجد في شيء من ألفاظ العقود ما يكون دليلًا على هذا الحال، ويمكن أن يقال: أن النكاح معقود للسكن والازدواج وليس في شيء من ألفاظ العقود ما يكون سببًا لهذا الحال. وعندي أن الاعتماد على ما سبق أولى. وبعض أصحابنا (ادّعى في)[١] المسألة: أن النكاح لا يوجب الملك في المتعة[٢] إنما يوجب الحِلّ من غير ملكٍ، وليس بشيء، لأن الاستحلال من غير ملك لا يُعرف[٣]؛ ولأن الاعتياض يجوز والاعتياض عما لا يُملك محال، وهو[٤] لم يُعهَد في أوضاع الشرع والشريعة لا يغير وضعُها، والكلام على ما سبق بيانه. ولا يُلتَفت إلى مثل هذه الكلمات التي لم تُسبر بمسبار الامتحان، ولم تعدل في ميزان التجربة، ولم تُسبَك بنار الخبرة، والله الهادي إلى أسرار الفقه بعونه.

وأما تعلقهم بالآية فنقول: بموجبها؛ (لأن نكاح النبي ﷺ)[٥] ينعقد عندنا بلفظ الهبة ولا يُلحق غيرُه به ﷺ لكثرة خصائص النبي ﷺ (في النكاح)[٦]، وما كثرت فيه خصائصه لا تُلحق الأُمة فيه[٧]؛ لأنه يؤدّي إلى إبطال الخصائص، وعلى أنه تعالى قال: ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾[٨]

---

(١) في (ز): تعلق في هذه.
(٢) في (ز): المنفعة.
(٣) في (ز): لا يعتبر ولا يعرف.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): وإن النكاح في حق النبي ﷺ.
(٦) في (ز): فيه.
(٧) في (ز): به فيه.
(٨) سورة الأحزاب، آية: ٥٠.



ومن حق الكناية أن تنصرف إلى أقرب المذكورين وهو الهبة دون المرأة وعلى أن استكثار الفوائد من اللفظ أولى فيُحمل على الخلوص[١] في المرأة وسقوط المهر والاختصاص بلفظ الهبة ليكثر فوائد الخلوص، وأيضًا سقوط المهر قضية انعقاد النكاح بلفظ الهبة ولما لم يسقط في حق غيره، دل أنه لا ينعقد لغيره النكاح بهذا اللفظ، وأما الخبر فالأصح أنه قال: **(زوّجتُكها)** هكذا، رواه الأئمة عن أبي حازم[٢] عن سهل بن سعد، مثل الثوري[٣] ومالك[٤] وابن عيينة[٥] وحماد[٦] بن زيد وزائدة[٧]، وإنما ذلك اللفظ رواه معمر، وقيل: أن معمرًا عن غير[٨] الزهري ....

---

(١) في (ز): الخصوص.

(٢) أبو حازم هو: سلمة بن دينار الأعرج الأثور السَّمَّار المزني القاضي مولى الأسود بن سفيان ثقة، عابد من الخامسة، مات في خلافة المنصور، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص ١٣٠.
قال ابن حجر في الفتح: «وهو من صغار التابعين، حدث بهذا الحديث كبار الأئمة مثل مالك وغيره...» ا. هـ: ٩/٢٠٥.

(٣) رواه البخاري في صحيحه: ٩/٢١٦ مع الفتح، كتاب النكاح، باب المهر بالعروض وخاتم من حديد.

(٤) رواه أبو داود في سننه من طريق مالك عن أبي حازم، عن سهل بن سعد: ٢/٥٨٦ مع المعالم، رقم الحديث (٢١١١).

(٥) رواه البخاري في صحيحه من طريق سفيان بن عيينة: ٩/٢٠٥ مع الفتح، كتاب النكاح، باب التزويج على القرآن.

(٦) رواه البخاري من طريق حماد بن زيد: ٩/١٩٨ مع الفتح، كتاب النكاح، باب إذا قال الخاطب للولي: زوجني فلانة.

(٧) زائد بن قدامة الثقفي أبو الصلت الكوفي، ثقة، ثبت، صاحب سنة، من السابعة، مات سنة: ١٦٠هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص ١٠٥.
وروايته رواها مسلم في صحيحه: ٩/٢١٥ مع النووي، كتاب النكاح، باب أقل الصداق.

(٨) ليست في (ز).

(يكثر غلطه)[1]، ورواه يعقوب الإسكندراني[2] وعبد العزيز[3] بن أبي حازم وهما ليسا بحافظين[4]، والله أعلم بالصواب.

※ (مَسْأَلَة):

يجوز نكاح الأخت في عدة الأخت عندنا، وكذلك أربع سواها أعني المعتدة إذا كانت مطلقة ثلاثًا أو مختلعة[5].

وعندهم: لا يجوز إذا كانت معتدة، كيف ما كان سبب العدة[6].

لنا:

أن المحرم الجمع بين الأختين نكاحًا ولم يوجد فانتفت الحرمة، بيان[7] أن المحرم هو الجمع بين الأختين نكاحًا قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ

(١) في (ز): كثير الغلط.

(٢) يعقوب الإسكندراني: يعقوب بن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن عبد القاريّ، المدني نزيل الإسكندرية، حليف بني زهرة، ثقة، من الثالثة، مات سنة: ١٨١هـ، روى له البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي. ينظر: التقريب: س ٣٨٦ ـ ٣٨٧.

(٣) عبد العزيز بن أبي حازم سلمة بن دينار المدني صدوق، فقيه من الثامنة، مات سنة: ١٨٤، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص ٢١٤.

(٤) ذكر ذلك الشيرازي في النكت: ورقة ٢٠٣/أ.

(٥) النكت: ورقة ٢٠٤/أ، المهذب: ٤٤/٢، الروضة: ١١٧/٧، رؤوس المسائل، لسليم الرازي: ورقة ٣٨/أ.

(٦) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣٥٣، مختصر الطحاوي: ص ١٧٦، المبسوط: ٢٠٢/٥، رؤوس المسائل: ص ٣٨٦.

(٧) في (ز): وبيان.

﴿بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾[١] (فيسوق إلى)[٢] قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾[٣] الآية، والمراد منه تحريم النكاح بالإجماع، وإنما قلنا: إنه لم يوجد الجمع بين الأختين نكاحًا (وجهان من الكلام)[٤]: أحدهما ما قاله شيوخ الأصحاب: وهو أن النكاح ارتفع عن الأولى بعلائقه وحقوقه، ودليل ارتفاع النكاح بعلائقه وحقوقه وقوع الطلاق الثلاث، والطلاق الثلاث معنى ينفي محلية النكاح عن المرأة لهذا الزوج إلا بعد زوج آخر وإصابة[٥]، ولا يتصور بقاء النكاح مع انتفاء المحليّة له، وإذا انتفت المحلية لأصل[٦] النكاح انتفت لحقوق النكاح؛ لأن محل حقوق النكاح ما هو محل النكاح، كما أن محل ملك اليمين ما هو محل حقوق ملك اليمين، ولأن الطلاق الثلاث إذا قطع أصل النكاح فيقطع[٧] حقوقه بل أولى؛ لأن حقوق الشيء أضعف من أصله.

فإن قالوا: إن الطلاق الثلاث ينفي محليّة ابتداء النكاح فإما محليّة نكاح مضت[٨] فلا.

قلنا: لو لم ينف[٩] محليّة نكاح مضى لم ينف[١٠] ابتداء النكاح؛ لأنه

---

(١) سورة النساء، آية: ٢٣.
(٢) في (ز): منسوق على.
(٣) سورة النساء، آية: ٢٣.
(٤) في (ز): لوجهين.
(٥) زيادة من (ز).
(٦) في (ز): عن أصل.
(٧) في (ز): قطع.
(٨) في (ز): مضى.
(٩) في (ز): تنتف.
(١٠) في (ز): تنتف.




ذلك النكاح(١) بعينه.

وإن قالوا: إن لم يكن محل النكاح فهي محل حق النكاح بمنزلة كسب المكاتب هو محل حق الملك للمكاتب، وليس محل حقيقة ملكه.

قلنا: ما لا يكون محل حقيقة الشيء لا يكون محل حقه؛ لأن حق الشيء تبع لحقيقته، فإذا فارقه في المحل لا يكون حقًا له، ولأنا لا نعرف معنى قول القائل: «إنه بقي حق النكاح» إلا أنه بقي النكاح في بعض الأحكام، ولا يمكن تفسيره بما سوى هذا، وإذا كان المعنى هو هذا فإذا لم تكن المرأة محل النكاح في جميع أحكامه لا تكون محل النكاح ببعض أحكامه؛ لأنه ذلك النكاح إلا أنه بقي من وجهٍ دون وجهٍ، أما فصل المكاتب فليس له ملك اليمين ولا حق ملك اليمين، وإنما غاية ما في الباب أنه يستحق أن يملك كسبه عند الأداء، ثم إذا وُجد الأداء حصل له ملكُ اليمين بحقوقه والجملة(٢) إنا لا نقول: أن كسب المكاتب ملكٌ له من وجهٍ مًّا إنما له التصرف خاصة، ومما يدل على انقطاع النكاح جملةً أنه لو وطئها مع العلم بحالها يجب عليه الحد، ولو بقي النكاح، من جهةٍ لصار شبهة في سقوط الحد.

ويدل عليه: أن نسب الولد لا يثبت [٢٠٦/ب] إذا علمنا يقينًا أن العلوق كان بعد الطلاق الثلاث، وذلك إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين على أصولهم وبأكثر من أربع سنين على أصلنا والنسب يُحتاط في إثباته، ألا ترى أن شبهة النكاح تكفي في ثبوته فحق النكاح يكفي في ثبوته أيضًا، وحين لم يثبت

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): وبالجملة.

علمنا أن النكاح انقطع بحقوقه، وإذا ثبت ارتفاع النكاح لم يوجد الجمعُ بينهما نكاحًا فلم يحرم، وأما العدة حق الماء، ولهذا المعنى لا تجب إلا بعد وجوده أعني الدخول، وتكون بالأقراء لا بالأشهر، ليُعرفَ بها فراغ الرحم من الماء، ومعنى حق الماء: أن الماء في الرحم له حكم شخص قائم بدليل الأحكام فوجب صيانته، والقيام بحرمته إذا[1] كان وضعُه بسبب مشروع أو بشبهةٍ مشروعة[2] وصيانته بوجوب العدة حتى لا يختلط بغيره، فأما إذا لم توجب العدة تزوّجت ووطئها الزوج فاختلط بغيره، واشتبه النسب، فهذا هو حقيقة صيانة الماء، وإذا وجبت العدة لهذا لم يكن حق النكاح بل كان حق الماء، فلا يمنع نكاح الأخت؛ لأن المحرّم هو الجمع في النكاح لا الجمع بين النكاح وحق الماء.

والوجه الثاني في بيان أن الجمع المحرم لم يوجد: هو أن الجمع بين الشيئين فعل من الإنسان فلابد من وجود فعله في الشيئين ليكون جامعًا بينهما حقيقةً، فإذا وُجد فعلُه في أحدهما ولم يوجد في الآخر لم يكن هو جامعًا بينهما[3] ولئن سُمي جامعًا يكون على طريق المجاز.

يبينه: أن قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾[4] هو أن يجمع (كل واحدة)[5] إلى صاحبتها وذلك بأن يتزوج بهما، وإنما يكون جامعًا كل واحدة إلى صاحبتها بوجود فعل منه فيهما، وهذا ظاهر. وإذا ثبت هذا الأصل

---

(١) في (ز): إن.
(٢) في (ز): مشروع.
(٣) في (ز): بينهما حقيقة.
(٤) سورة النساء، آية: ٢٣.
(٥) في (ز): بين كل واحدة منهما.

فنقول: العدة حبس من الشرع ليس من الزوج، ولهذا المعنى لو أراد إطلاقها من الحبس لم يقدر عليه، وأما النكاح فهو منه[1]، ولم يوجد منه فعلُ الجمع في[2] الأختين إنما وُجد في أحد[3] الأختين، والمحرّم هو فعل الجمع فيهما، وإذا لم يوجد المحرّم لم تثبت الحرمة، وهذا فصل في نهاية الاعتماد وهو مغنٍ عن كثير من التطويلات.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الجمع المحرّم قد وُجد فدخل تحت آية[4] النهي، وإنما قلنا ذلك لأن العدة حق النكاح. وربما يقولون: النكاح قائم من وجهٍ ببقاء العدة، وهذا هو معنى الحق كما يقال: الكسب حق المكاتب على أنه ملكه من وجهٍ.

والدليل على أن العدة حق النكاح: أن عدة الوفاة حق النكاح كذلك عدة الطلاق إلا أن الدخول معتبرٌ[5] في عدة الطلاق؛ لأنها حقُ نكاحٍ متأكدٍ، والنكاح تارة يتأكد بالدخول، وتارة باتصال الموت به؛ لأن الدخول مقصود النكاح وانتهاء النكاح بانتهاء مدة العمر مقصود (أيضًا، فأما)[6] إذا طلقها قبل الدخول فقد فارقها قبل تأكد النكاح، وهو أيضًا يشبه الفسخ؛ لأن البضع عاد إليها سليمًا مثل الرجلُ يُقيل البيع، فيعود المبيع إلى البائع سليمًا وفسخ العقد

---

(١) في (ز): سببه.

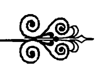
(٢) في (ز): بين.

(٣) ليست في (ز).

(٤) ليست في (ز).

(٥) في (ز): إنما شُرِط.

(٦) في (ز): وأيضًا إذا.

إعدامه، وإذا كان إعدامًا له لم يعقب حقًا، وأما اختصاص عدة الطلاق بالأقراء إنما كان كذلك؛ لأنه لما شُرط في وجوبها الدخول والدخول سبب الماء فكانت[1] بالأقراء ليتأدّى حق الماء على طريق التمتع[2] مثل ما جعل مؤنة الأرض على المسلم بالعشر دون الخراج ليتأدّى حق العبادة على طريق التبع. ومما يدل على أنها ليست حق الماء أنها وجبت عند زوال الحِلّ، ولو كانت لصيانة الماء لوجبت عند استحداث سبب الحِلّ كما في الاستبراء في المماليك[3]، وهذا لأن الصيانة إنما تكون بعد وجود سبب وضع الماء، أما قبل وجود سبب الوضع فالماء مصون لعدم من يملك خلطه بغيره فمن أين تجب الصيانة؟ قالوا: وأما معنى حق النكاح هو أن النكاح عقد محترم له خطر وشرف في الشرع، وكما اختص بشرائط في الابتداء شرعًا لإظهار خطره وشرفه اختص أيضًا بأعقاب حق في الانتهاء لإظهار خطره.

وربما يستدلون على أن العدة حق النكاح: بإن العدة تختلف بالرق والحرية والماء واحد، ولا يتصور اختلاف[4] في رحم الحرة والأمة[5]، وأما[6] النكاح عقد[7] حِلّ وعقد الحِلّ على الأمة على النصف مما هو على الحرة على ما عُرف من أصلهم فكان حق النكاح على هذا الوجه. وربما يقولون:

(١) في (ز): كانت.
(٢) في (ز): التبع.
(٣) في (ز): ملك اليمين.
(٤) في (ز): اختلافه.
(٥) في (ز): ولا الأمة.
(٦) في (ز): فأما.
(٧) في (ز): فعقد.




العدة ملك اليد[1] بقي عليها وهذا لأن الوطء يد في المستحق بعقد النكاح وبالنكاح يثبت ملك العين، وبالوطء ملك اليد ويبقى ملك اليد ببقاء العدة.

قالوا: وهذا أثبت[2] النسب للولد المولود في حالة العدة إلى سنتين عندنا[3]، وإلى أربع سنين [٢٠٧/أ] عندكم[4] مع توهم العلوق بعد الطلاق الثلاث، وليس ذلك إلا لبقاء حق النكاح أو بقاء ملك اليد.

يدل عليه: أن النبي صلى الله عليه قال: (الولد للفراش)[5] ومعناه: لمن له الفراش عند وجود الولد، فلما ثبت النسب في حال[6] العدة عرفنا وجود (الفراش للزوج)[7] فصار فراش النسب باقيًا ببقاء العدة فبقي النكاح من وجه؛ لأن الفراش للنسب معقود له النكاح.

يبيِّنه: أنه إذا بقي فراش النسب صار جامعًا بينهما فراشًا وكما[8] لا يجوز الجمع نكاحًا لا يجوز الجمع بينهما فراشًا من نكاح وكذلك إذا ثبت أن النكاح باقٍ من وجهٍ فقد صار جامعًا من[9] ذلك الوجه، وكذلك حق

---

(١) في (ز): يد.

(٢) في (ز): سبب.

(٣) ينظر: الحجة على أهل المدينة: ٤٣٠/٣.

(٤) ينظر: روضة الطالبين: ٣٧٨/٨.

(٥) رواه البخاري في صحيحه: ١٢٧/١٢ مع الفتح، كتاب الحدود، باب للعاهر الحجر، رقم (٦٨١٧).

(٦) في (ز): حالة.

(٧) في (ز): فراش الزوج.

(٨) في (ز): فكما.

(٩) في (ز): في.

النكاح يُلحَق بحقيقة النكاح في تحريم الجمع احتياطًا للتحريمات، وكما[1] تلحقُ توابع الوطء ودواعيه بالوطء.

قالوا: وأما عدم ثبوت النسب بوطءٍ جديدٍ بعد الطلاق الثلاث إنما كان كذلك لأجل انعدام الماء حكمًا بالتحريم المطلق والولد لا يمكن إثبات نسبه من شخص مع انعدام الماء حكمًا[2] كما[3] لا يثبت النسب من الصبي[4] إذا جاءت امرأته بولد لانعدام الماء حسًّا، وَمَنَعَ بعضهم هذه المسألة عند ادّعاء الزوج، قالوا: وأما وجوب الحد إنما كان لارتفاع النكاح في حق الحِلّ على الإطلاق فلم يبق له شبهة، وهذا لا يوجب جواز نكاح الأخت؛ لأن النكاح لا يمنع نكاح الأخت من حيث أنه مُحَلل للوطء، فإن الشيء من حيث أنه محلل لا يكون محرَّمًا، إنما كان المنع لأصل[5] النكاح فإذا بقي من وجه بقي المنع. وتعلقوا من حيث بيان المعنى في منع نكاح الأخت أنه لما مُنع لخوف القطيعة على ما وَرَدَ به النص، وذلك بهيجان داء الضرائر وإدخال الغضب والغضاضة على الأخت بالأخت، وهذا المعنى في مسألتنا موجود وهو معتبر؛ لأنه سبب مشروع وهو الحبس بخلاف ما بعد الطلاق قبل الدخول، وبعد انقضاء العدة؛ لأنه لم يوجد سبب مشروع فكان مجرد شهوة وهوى فلم يُعتَبَر.

قالوا: وأمَّا إذا قال: أخبرتني (أن عدتها قد انقضت)[6] إنما أطلق له

---

(١) في (ز): كما.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): فكما.
(٤) في (ز): صبي.
(٥) في (ز): لأجل.
(٦) في (ز): بانقضاء عدتها.




نكاح أختها ؛ لأنه لم يبق عدة في حقه ، فإن قول الإنسان محمول على الصدق بدينه وعقله ، وإنما لم يقبل عليها لأجل وقوع التعارض بين (الخبر والخبر)[1] ، فيقبل قوله فيما يرجع إليه ، والحل أمر بينه وبين ربه بخلاف النفقة والسكنى ؛ لأنه[2] حقها والنسب حق الولد ، وهو مثل ما لو قال: هذه المرأة منكوحتي لا يتزوج أختها[3] وإن كذبته المرأة.

قالوا: وأما عدة أم الولد فنقول: فراش أم الولد وعدتها قائم من وجه ، ولكن لا يمنع نكاح الأربع كأصل الفراش. وأما نكاح الأخت فأصل الفراش مانع من وطئها وقد تأكد الفراش بالعتق لوجود حالة الحُرية ، ولهذا لا ينتفي النسب إلا[4] بالنفي وقبله كان ينتفي فارتقى المنع من الوطء إلى سببه وهو النكاح. ويستدلون بجانبها ، وفصل[5] الرضاع على ما هو المعروف بمشايخهم المتقدمين.

❁ **(أما)[6] الجواب:**

(عن كلامهم نقول)[7]: أما قولهم الجمع المحرّم قد وُجد ، قلنا: قد بينا عدم وجوده.

---

(١) في (ز): الحقين.

(٢) في (ز): فإنهما.

(٣) في (ز): بأختها.

(٤) في (ز): الآن.

(٥) في (ز): بفصل.

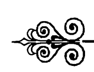
(٦) ليست في (ز).

(٧) ليست في (ز).




وأما قولهم: العدة[1] حق النكاح. قلنا: أيش[2] تعنون[3] أنه حق النكاح[4] وليس[5] لهم على هذا شيء إلا[6] أنهم يقولون (أنه بقي)[7] النكاح من وجهٍ؛ لأن النكاح عبارة عن مجموع أحكام، فإذا بقي بعض أحكامه جاز أن يقال: بقي من وجه، وقد تكلمنا عليه[8] بما فيه مقنع وبلاغ، ويقال أيضًا: لم يبق من وجهٍ ويزول من وجهٍ، ولم لا يزل[9] من كل وجهٍ، كما يحصل عند العقد من كل وجه، وما قالوه: أن بقاء هذا الحق ليظهر خطره، ليس[10] بشيء؛ لأن هذا العقد لو أوجب[11] إظهار خطر من هذا الوجه وجب أن يحرم قطعه ليبقى فإنه[12] ليس بقاؤه من وجه بأولى من بقائه من باقي[13] الوجوه، وعند المناقشات والتضييقات لابد أن يظهر انقطاع الخصوم وعلى أنا قد بينا أن العدة حق الماء، وأما[14] عدة الوفاة فلا نقول أنها حق النكاح[15]

(١) في (ز): إن العدة.
(٢) في (ز): أي شيء.
(٣) في (ز): تعنون بقولكم.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): فليس.
(٦) في (ز): سوى.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): هذا.
(٩) في (ز): يزول.
(١٠) في (ز): فليس.
(١١) في (ز): وجب.
(١٢) في (ز): لأنه.
(١٣) في (ز): كل.
(١٤) في (ز): فأما.
(١٥) زيادة من (ز).




على معنى أن النكاح قائم[1] من وجه، إنما هي أثر انتهاء النكاح كالإرث والولاء بعد العتق.

يبينه: أن الشيء إذا انتهى واستقر يكون[2] له أثر كثواب الصوم إذا انتهى بالليل والولاء للعتق إذا[3] انتهى الرق بالعتق، فأما[4] إذا قطع الملك قطعًا فمن أين قلتم: يبقى له أثر؟ والذي قالوا: إن العدة حق (النكاح المتأكد)[5].

قلنا: النكاح يقع متأكدًا بكل حال.

وقولهم: «إن الطلاق يشبه الفسخ»، فكَلّا ولما، ولئن كان يشبه الفسخ من وجهٍ ولا يشبه من وجهٍ، فالأولى ثبوت[6] [٢٠٧/ب] العدة.

وقولهم: إنها لو كانت حق الماء لوجبت عند استحداث الملك.

قلنا: لِمَ[7]؟ وهذا لأن النكاح عقد الاستمتاع[8]، والشرع أوجب العدة قبل عقد الاستمتاع ليرد هذا العقد على رحم فارغ من ماء الغير فيكون أحوط له، وأما الاستبراء في المماليك فإنما وجب الاستبراء[9] بعد الملك؛ لأن الملك ليس للاستمتاع فجاز وروده على رحم مشغول بماء الغير ثم إذا أراد

(١) في الأصل: قائمة، والتصويب من (ز).
(٢) في (ز): ويجوز أن يبقى.
(٣) في (ز): وإن.
(٤) في (ز): وأما.
(٥) في (ز): نكاح متأكد.
(٦) في (ز): وجوب.
(٧) في (ز): ولم.
(٨) في (ز): استمتاع.
(٩) ليست في (ز).

الوطء وجب الاستبراء لتعرف فراغُ الرحم، فيقدم بالوطء على رحمٍ غير مشغول بماء الغير، وأما الذي قالوه: إن العدة تختلف بالرق والحرية إنما كان كذلك؛ لأن العدة قد غلب عليها حق الشرع ويجوز أن يخفف[١] الشرع على المماليك ما لا يخفف[٢] في حق الأحرار، وأما الذي قالوه: إن[٣] ملك اليد قائم في حال العدة، فليس بشيء، واليد ثمرة ملك اليمين، فأما ملك[٤] النكاح ملك لا يُعرف إلا بحل الاستمتاع فحسب.

يبينه: أن منفعة البضع جُعِلت كأنها في ملكها فيما وراء حل الاستمتاع، بدليل أن العُقر عند الوطء بالشبهة يكون لها، فكيف يجعل في يده أو يُجعل له ملكُ يدٍ، وأصل الملك لم يمكن إثباتُه وتحقيقُه إلا في الحِلّ فحسب؟.

والدليل[٥] عليه: أنه لو كان له عليها ملكُ يدٍ بالعدة لثبت النسب بالوطء في حال العدة؛ لأن الملك[٦] يكفي لثبوت[٧] النسب بدليل الجارية من كسب المكاتب يطأها المكاتب يثبت نسبُ ولدها منه لوجود اليد، وأما ثبوت النسب إنما كان بتقدير العلوق في حال النكاح، وإنما قدرنا ذلك لأن الولد لابد وأن يكون من الماء ولا يمكن تقدير وطءٍ جديدٍ لا[٨] من الزوج والأجنبي[٩]،

(١) في (ز): يخف حق.
(٢) في (ز): يخف.
(٣) في (ز): من أن.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): يدل.
(٦) في (ز): ملك اليد.
(٧) في (ز): في ثبوت.
(٨) في (ز): لأنه زنا.
(٩) ليست في (ز).




فقدرنا العلوق في حال النكاح ليثبت النسب، وهذا لأن مدةَ الحمل لها أقل أو[1] أكثر ولابد من أن يظهر لأكثر مُدَّتها عمل في موضعٍ وليس إلا هذا الموضع. وعذرهم عن فصل النسب الذي ألزمناهم لا يتضح لأن الماء إنما ينتفي بالكلية إذا لم يبق نكاح[2] وإذا[3] حكمتم ببقاء النكاح من وجهٍ جاز الحكم بوجود الماء فيه لأجل ثبوت النسب؛ لأن علة ثبوت النسب متى وُجدت لا تلغَى. وعذرهم عن فصل الحد لا يتضح عند التأمل، ويمكن أن يستدل في أن العدة ليست لحق النكاح فإنها تجب من غير نكاحٍ بحال بدليل عدة أم الولد، وحق النكاح لا يتصور وجوبه إلا بنكاحٍ أو شبهةِ نكاحٍ، وهذا دليل معتمد. وأما تعلقهم بجانبها فليس المنع لحق النكاح إنما هو لاشتغال رحم بماء الغير فإنا بينا أن العدة حق الماء والرحم المشغول بماء الغير[4] لا يجوز أن يورد عليه عقد[5] لشغل الرحم، وهذا لا يوجد في جانبه. ويقال من طريق الجدل: وجوب العدة عليها لا يدل على وجوب العدة عليه فمنعُها عن الازدواج[6] لا يدل على منعه، وأما فصل الرضاع قلنا: ثبوت حرمة الرضاع في جانب الفحل بالنص، وهو خبر أفلح بن أبي القعيس[7]، ولا يهتدي إليه[8] قياس.

---

(١) في (ز): و.

(٢) في (ز): النكاح.

(٣) في (ز): فإذا.

(٤) في (ز): الإنسان.

(٥) في (ز): عقد آخر.

(٦) في (ز): الأزواج.

(٧) رواه البخاري في صحيحه: ٩/١٥٠ مع الفتح، كتاب النكاح، باب لبن الفحل.

(٨) زيادة من (ز).

وأما الطريقة التي ذكرناها أخيرًا[1] فهي في نهاية[2] القوة.

وإن[3] قالوا: هو الحابس يعني الزوج.

قلنا: ينبغي أن يجوز له إطلاقها؛ لأن مَنْ حَبَسَ مَلَكَ[4] الإطلاق، وهذا لأن العدة سواء كان حق[5] النكاح أو حق[6] غير النكاح فليس من قبله، وإنما هو من قبل الشرع، ولهذا ارتفعت بمجرد مضي العدة، وحق النكاح إذا بقي من قبله يرفع بما يرفع به حقيقة النكاح، دل أنه من قبل الشرع. والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة عندنا[7].

وعندهم: يوجب[8]. (والمسألة تدور على أن علة حرمة المصاهرة ماذا عندنا إنما هو الوطئ المحترم شرعًا، وعندهم إنما هو البعضية والجزئية)[9].

---

(١) في (ز): آخرًا.
(٢) في (ز): غاية.
(٣) في (ز): فإن.
(٤) في (ز): يملك.
(٥) في (ز): في حق.
(٦) في (ز): في حق.
(٧) الأم: ١٣٦/٥، النكت: ورقة ٢٠٥/أ، روضة الطالبين: ١١٣/٧.
(٨) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٥٦، رد المحتار: ٣١/٣، البحر الرائق: ٩٩/٣.
(٩) ما بين القوسين ليس في (ز).




لنا:

ما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: **(الحرام لا يُحرم الحلال)**[1]، (وروى عن عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه السلام سُئل عن رجل زنى بامرأة هل يُحرم عليه أمها وابنتُها؟ قال: **(لا يحرم الحرام الحلال)**[2]، وهذا نص صريح في محل النزاع.

ومن طريق)[3] المعنى[4] (في المسألة)[5]: أن الزنا عدوان محض أو كبيرة فلا يكون سببًا للوصلة كما لم يكن سببًا للنسب، ويمكن أن يقال المصاهرة وُصلة فلا تثبت بالزنا.

دليله: النسب، وإنما قلنا: وُصلة؛ لأنه قرينة النسب في كتاب الله تعالى، قال الله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾[6] والنسب وصلة، فكذلك المصاهرة وهذا لأن المصاهرة لإثبات الوصلة بين الأباعد [٢٠٨/أ] كالنسب وصلة بين الأقارب، ألا ترى أنها سبب

---

(١) رواه البخاري تعليقًا: ١٥٣/٩ مع الفتح، ووصله البيهقي من طريق هشام عن قتادة، عن عكرمة بلفظ في رجل غشى أم امرأته قال: «تخطي حرمتين ولا تحرم عليه امرأته»، قال الحافظ في الفتح: وإسناد صحيح: ١٥٦/٩، سنن البيهقي: ١٦٨/٧.

(٢) رواه الدارقطني في سننه: ٢٦٨/٣ وفي إسناده عبد الرحمن بن عثمان الوقاص الزهري، وهو متروك، ورواه ابن ماجه في سننه: ٦٤٩/١ (٢٠١٥) عن ابن عمر بلفظ: «لا يحرم الحرام الحلال» قال الحافظ في الفتح: «وإسناده أصح من الأول»: ١٥٦/٩.

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٤) في (ز): والمعنى.

(٥) ليست في (ز).

(٦) سورة الفرقان، من الآية ٥٤.



لإثبات المخالطات[1] وتمهيد المؤَالفات بإثبات[2] المحرمية التي هي المطلوبة بالمصاهرة وليمتاز أصحابُها عن الأباعد، ولهذا ينسب إليه فيقال: صهرُهُ وصهرُهَا، كما يقال: ابنُه وابنُها فعرفنا بما قلنا[3] أن المصاهرة وصلة فلا يجوز ثبوتها بالزنا؛ لأن الزنا واجب الإعدام إما قبل الوجود بالامتناع منه[4]، وبعد الوجود بالتوبة، وترك العود وبالحد ليقع الزجر عنه، وأسباب الوصلة[5] مندوبة إليها شرعًا، محثوثة عليها من قبل الرب تعالى، لأن التقاطع منهي عنه على ما قال عليه السلام: **(لا تقاطعوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخوانا)**[6] ولا يجوز أن يثبت بسبب مزجور عنه محرم على العبد عينه.

يبينه: إن الوصلة لما كان[7] مندوبًا إليها وجب أن يكون سببها مدعوًا إليها[8] وهذا ينافي التحريم والنهي، وأيضًا الزنا لما كان واجب الإعدام ففي إبقاء أثره من حرمة المصاهرة إبقاؤه حكما وما وجب إعدامه شرعًا لا يجوز تقريره حكمًا وهذه كلمات في نهاية الإخالة. فإن[9] قالوا: إنه يجب به المهر والغُسل وَصَوّروا المهر على أصولنا، إذا زنى بمكرهةٍ فنقول: إنما يجب المهر

---

(١) في (ز): الخلطات.

(٢) في (ز): وإثبات.

(٣) في (ز): قلناه.

(٤) في (ز): عنه.

(٥) في (ز): الوصلات.

(٦) رواه البخاري في صحيحه: ٤٨١/١٠ مع الفتح، كتاب الأدب، باب ما يُنهى عن التحاسد والتدابر.

(٧) في (ز): كانت.

(٨) في (ز): إليه.

(٩) في (ز): وإن.

لمن ليست زانية[1] لا للزانية حتى لو كانت مطاوعة لا يجب المهر، وإذا كانت مكرهة قُدّم جانب مَنْ له الحق على جانب مَنْ عليه الحق حفظًا لحقه، وأما الغُسل للتطهير من حيث الزنا فهو يرجع إلى إعدامه من حيث الحكم.

وأما عامة الأصحاب قالوا: حرمة المصاهرة ثبت على جهة الكرامة والنعمة فلا تتعلق بما هو عدوان محض، وإنما قلنا: إنها نعمة وكرامة؛ لأنها تثبت لحياطة النكاح عن وجوه المفاسد وذلك لأن الإنسان إذا تزوّج بامرأة لم[2] يجد بُدًّا من معاشرة أمها وابنتها، وكذلك هي من معاشرة ابنه وأبيه؛ لأنه لا يمكن أن يحبسها في موضع لا يدخل عليها أحد من أقاربها وإذا أمكن من الدخول لم يُؤمن من[3] المفاسد؛ لأنه إذا بقي على حل النكاح وعلى ما عليه الأجانب لم يؤمن توقان النفس وهيجان الشهوة وخيانة النظر، ثم يؤدي ذلك إلى مفاسد عظيمة فالله تعالى نزع الشهوة عن[4] قلوب الأزواج بتحريمهن[5] عليهم على التأبيد لتدوم وصلة النكاح ولا يتخلله ما لا يمكن تداركه، وما كان هذا سبيله لاشك أنه نعمة وكرامة؛ ولأن التحريمات في الشرع عُلّقت بأسباب مشعرة بالنعم والكرامات بدليل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ﴾[6] الآية، وهذه الأشياء أسباب استحقاق[7] الكرامات؛ لأن النكاح رق على ما سُمّي في الشرع ونفي

(١) في (ز): بزانية.
(٢) في (ز): لا.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): من.
(٥) في (ز): بتحريمه.
(٦) سورة النساء، من الآية: ٢٣.
(٧) في (ز): باستحقاق.

الرق عن المحل كرامة للمحل، وهذه الطريقة قريبة المأخذ من الأُولى إلا أن الأُولى أولى وأحسن.

وأمّا حجّتهم:

قالوا: الزنا سبب الولد فوجب أن يوجب حرمة المصاهرة. دليله: الوطء الحلال أو[1] الوطء[2] بالشبهة. وفقههم في المسألة: أن حرمة المصاهرة تثبت بالوطء بعلة البعضية، فإن البعضية علة مشعرة بالحرمة[3]؛ لأن استمتاع الإنسان ببعضه حرام، ولهذا حُرّم الاستمتاع باليد وبفخذ نفسه، وأيضًا فإن النكاح رق ويحرم على الإنسان استرقاق بعضه فإذا ثبت هذا فنقول: الماء سبب لثبوت البعضية بين الواطء والموطوءة؛ لأن[4] ماؤه بعضُه وماؤها بعضها وإذا امتزج الماءان في الرحم وله حكم الولد فهو ولده بكُلِّه وهو وولدها بكله، فصار ماؤه بعضًا لها وماؤها بعضًا له بهذا الطريق والماء بعض من كل واحدٍ منهما فثبتت البعضية بين الواطء والموطوءة بواسطة الولد من هذا الطريق، ثم تعدّت هذه البعضية إلى فروعه وأصوله، وفروعها وأصولها فصار أصولها وفروعها كأصوله وفروعه، وفروعه وأصوله كفروعها وأصولها، وإذا ثبت البعضية وجدت الحرمة وشبهوا البعضية بين الواطء والموطوءة بواسطة الولد بالبعضية[5] بين الأخوين بواسطة الأب قالوا: وإذا ثبت هذا فالوطء سبب للبعضية فتعدت الحرمة من البعضية إلى سببها وهو الوطء.

---

(١) في (ز): و.
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): إذ.
(٥) في (ز): كالبعضية.

قالوا: وبهذا الطريق، قلنا: إن الوطء يثبت حرمة المصاهرة؛ لأنه سبب الولد، والوطء الحلال والحرام في السببية [٢٠٨/ب] واحد، فوجب أن يستويا في إثبات حرمة المصاهرة.

قالوا: وأما النسب فغير معلق بالبعضية، بل هو معلق بالفراش بنص الرسول ﷺ، وهو قوله: **(الولد للفراش وللعاهر الحجر)**[١] فوجب الإعراض عن الماء والبعضيّة الحاصلة به بنص الرسول ﷺ، وتعلق الحكم بالفراش، والزاني لا فراش له، فلم يثبت النسب[٢]. وربما يقولون: إثبات النسب لا يمكن من الزاني؛ لأن الزانية يأتيها غير واحد في العادة، ولا يُعرف أن[٣] الولد من ماء أيهم خُلِقَ؟ فلم يثبت لهذا المعنى، وأما الحرمة فيمكن إثباتها لأن غاية ما في الباب أن تثبت الحرمة من الكل، والحرمة تثبت بالشبهات فتثبت على العموم، وأما النسب فلا يثبت بالشبهات فلا يثبت هاهنا على العموم؛ لأن إمكان الولد منه عارَضَه جواز أن ليس منه والنسب إذا دَارَ بين أن يثبت وبين أن لا يثبت لا يثبت، وأما الحرمة إذا دَارَت بين الثبوت والعدم تثبت.

قالوا: وأما العدة فحق النكاح وفي الزنا لا نكاح فلم تجب.

يبينه: أن العدة لحرمة الماء، وماء الزاني غير محترم، فلم تجب به العدة، وأما هاهنا فحرمة المصاهرة البعضية[٤]، والبعضية في هذه الصورة

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ١٢/ ١٢٧ مع الفتح، كتاب الحدود، باب للعاهر الحجر (٦٨١٨).

(٢) في (ز): النسب منه.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): بالبعضية.

وهي إذا كان الوطء حلالًا[1] مثل البعضية إذا كان الوطء حرامًا[2]، قالوا: وأما قولكم: المصاهرة وصلة أو[3] نعمة وكرامة، (نسلم ذلك)[4]، ولكن عندنا إنما تثبت بالزنا من حيث أنه سبب الولد ولا حرمة من هذا الوجه؛ لأنها لو كانت محرمة من هذا الوجه لم يحل بحال، وإنما حرمتُه من حيث أنه سبب لفساد الأنساب، وتلطيخ الفراش وحرمة المصاهرة لا تثبت من هذا الوجه، وصار الفعل بمنزلة فعلين، أحدهما: مشروع، والآخر غير مشروع، مثل الصلاة في الأرض المغصوبة هي[5] شغل (مكان الغير وحركات هي صلاة)[6] في الشرع، والحرمة من حيث الشغلية، وليس الحرمة من حيث الصلاة فنزّل الفعل الواحد بمنزلة فعلين كذلك في مسألتنا فجاء من هذا أنا لم نُعلق بالزنا من حيث الجهة الحرمة، لكن من حيث الجهة المشروعة. وربما يقولون بطريق آخر: وهو التخريج على البعضية، وذلك أن الحرمة عندنا إنما تتعلق بالبعضية، والبعضية حاصلة بمحض صنع الله؛ لأن انخلاق الولد فعل الله وليس فيه شيء من كسب العبد، وإن قلتم: هذه البعضية جاءت من الزنا فنحن نحيل بالحرمة على البعضية مع الإعراض عن سبب البعضية؛ لأن تعليق الحرمة بالبعضية تعليق مؤثّر فأثبتنا، وأما تعليقها بالوطء بواسطة البعضية تعليق لا يمكن القول به، لما[7] قلتم أثبتنا[8] ما أمكن القول به، ولم نثبت ما

---

(١) في (ز): حرامًا.
(٢) في (ز): حلالًا.
(٣) في (ز): و.
(٤) في (ز): فمسلم.
(٥) في (ز): فإنها.
(٦) في (ز): لملك الغير وحركاته هي الصلاة...
(٧) في (ز): كما.
(٨) في (ز): فأثبتنا.

لا يمكن القول به، فهذا جملة كلامهم تحقيقًا. وقد تعلق كثيرٌ من مشايخهم بفصل الرضاع، وقالوا: إن الرضاع من[1] الحرام والحلال واحد في ثبوت الحرمة، وذلك بأن أُرضعَ[2] الولد لبنا مشوبًا بالخمر أو البول فكذلك الوطء الحلال والحرام واحد في إثبات[3] الحرمة.

وقال بعضهم: فيما لو[4] زنى بأم امرأته أن (النكاح عقد)[5] يفسد بالوطء فيفسد بالزنا المحض.

دليله: عقد الإحرام.

﴿ الجواب:

قد سبق وجه الكلام في نفي[6] تعليق حرمة المصاهرة بالزنا، وأما تعلقهم بفصل البعضية. قلنا[7]: حققوا البعضية بين الولد والوالد أولًا حتى يستقيم تعليق الحرمة بها، والولد شخص كامل والوالد شخص كامل، ويستحيل أن يكون شخصًا كاملًا بعضًا من شخصٍ كاملٍ.

(يبينه: أن الولد لو جاز أن يقال جزء من الوالد لجاز أن يقال: أن الوالد أيضًا جزء منه، ولأن حقيقة الجزئية إنما يُعرف بأن ينتقص الأصل بفوات

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): يرضع.
(٣) في (ز): ثبوت.
(٤) في (ز): إذا.
(٥) في (ز): عقد النكاح.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): يقال لهم.

الجزء كالواحد لما كان جزءًا من العشرة انتقص العشرة بفوات الواحد)[1].

يبينه: أن غاية ما في الباب أن الولد خُلق من نطفة سقطت من صلب الأب، فهذا مثل نخلة خُلقت من نواة، سقطت من نخلة أخرى[2]، ثم النخلة لا تكون بعضُ النخلة، كذلك الولد لا يكون بعض الوالد، وإنما معنى قول القائل: إن الولد بعض الوالد هو ثبوت النسب، ولا يُعرف للبعضية معنى سوى هذا، و(هو معنى)[3] قول النبي ﷺ لفاطمة: **(إنها بضعة مني)**[4]، ويقال أيضًا: لو كانت الحرمة بالبعضية على ما قلتم فلِمَ لا تثبت بين الواطي والموطوءة، وأصل البعضية حصلت بينهما، فإن قالوا: لم تعمل البعضية في هذا الموضع لبقاء الأنكحة وصحتها، فأنا إذا جعلنا هذه البعضية عاملة في التحريم والعقد سببها حُرم أيضًا، وهو مثل جواز نكاح الأخوات في زمن آدم عليه السلام مع وجود البعضية.

۞ **والجواب:**

[٢٠٩/أ] أن البعضيَّة إذا لم تعمل بين الواطئ والموطوءة وهي في غيرهما ثابتة بواسطة هذه البعضية، ومتفرع[5] عنها، فإذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع أيضًا، ونقول أيضًا: إن حرمتم بالبعضية؛ فحرموا (أب الواطئ أو ابنه على أمّ الموطوءة وابنتها)[6] لوجود البعضية على ما قلتم في هذه الصورة.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) رواه البخاري في صحيحه: ٣٢٧/٩ مع الفتح، رقم الحديث (٥٢٣٠).
(٥) في (ز): متفرعة.
(٦) العبارة في (ز): هكذا: «ابن الواطي وأباه على بنت المؤطؤة وأمها...».

فإن قالوا: إذا لم تعلقوا بالبعضية فبماذا تعلقون الحرمة؟.

قلنا: بالوطء المشروع، وهذا لأنه لما كان السبب مشروعًا كان مؤثرًا في إثبات الوصلة[1] مثل ما يؤثر في إثبات النسب، ثم الجواب على التسليم: أن البعضيَّة سبب مؤثر في إثبات الحرمة هو أن هذه البعضيَّة ملغاة في الشرع غير معتبر بدليل انعدام ثبوت النسب، ولو كانت البعضيَّة معتبرة في الشرع لكان تأثيرها في إثبات النسب أظهر؛ لأن السبب عبارة عن نفس البعضيَّة في الشرع، والحرمة حكم البعضيَّة فإذا لم تظهر نفس البعضيَّة بالزنا شرعًا؛ فكيف يظهر حكمها؟.

يدل عليه: أن العدة أثر الماء؛ لأنها حق الماء فإذا لم يظهر حق الماء فلأن لا يظهر حكم البعضيّة التي تحصل بالماء أولى، وتبين بهذا أن الشرع جعل الماء بمنزلة المعدوم، ولهذا جاز للحامل من الزنا أن تتزوج، فكذلك البعضيَّة الحاصلة به جعلت بمنزلة المعدوم، وهذا جواب معتمد[2] واضح، فإن تعلقوا باعتبار هذا الماء بأن للولد كرامات[3] بني آدم وأنه فيها[4] ملحق بسائر بني آدم لا يفارقهم بوجهٍ من الوجوه. (نقول لهم: نحن)[5] لا ننكر أن ولد الزنى من بني آدم وأن له كراماتهم، ولكن إنما نفينا البعضيَّة التي بين الواطء والموطوءة بسبب ماء الزاني مثل ما نفي الشرع البعضيَّة بين الولد والوالد بسبب ماء الزنا، والجواب واضح.

---

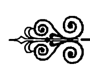
(١) في (ز): الوصلات.

(٢) في (ز): بَيّن.

(٣) في (ز): كرامة.

(٤) في (ز): ليست في (ز).

(٥) في (ز): قلنا.

ونجيب بجواب آخر: وهو التخريج على الطريقة؛ لأن هذه البعضيّة التي يُشيرون إليها تثبت بسبب الزنا، والزنا عدوان وكبيرة، والحاصل بالبعضيّة وصلة وكرامة ونعمة فلم يجز إثباتها بمثل هذا السبب.

وقولهم: إن الزنا حرام من جهة كذا مشروع من جهة كذا خرق الإجماع[1]؛ لأن الإجماع انعقد على حرمة الزنا من كلِ وجهٍ[2]، ولهذا وجب[3] الحد به ولو كان مشروعًا من وجهٍ مّا لم[4] يجب الحد، وإذا تعلقنا بالحد في نفي المشروعية من كلِّ وجهٍ لم يدخل فصل الصلاة في الأرض المغصوبة ولا الاصطياد بقوس الغير.

وأما قولهم: إنا نُحيل على البعضية ونُعرض عن سبب البعضيّة، يقال لهم: كيف تعرضون عن سبب البعضيّة وعندكم تعلق حرمة[5] المصاهرة بالوطء؛ لأنه سبب الولد، وإذا[6] أعرضتم عن السبب بطل هذا التعلق وهذا الجواب أحسن الأجوبة. وأما عذرهم عن النسب وقولهم إن الشرع علّقه بالفراش.

قلنا: هو الدليل على أن البعضيّة الحاصلة بماء الزنا[7] ملغاة غير معتبرة.

وقولهم: إنه لا يمكن إثبات النسب من الزاني.

---

(١) في (ز): للإجماع.
(٢) ينظر: تفسير الفخر الرازي ٢٠/٢٠١، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٠/٢٥٢.
(٣) في (ز): تعلق.
(٤) في (ز): لما.
(٥) في (ز): حكم.
(٦) في (ز): فإذا.
(٧) في (ز): الزاني.




قلنا: أثبتوا[١] في موضع الإمكان وهو إذا كان المدعي واحدًا، وعلى أن المدعين وإن كثروا فأثبتوا النسب من الكل؛ لأن عندكم يجوز ثبوتُ النسب من جماعة تكثر عددهم، وأما فصل الرضاع إذا ثبتت[٢] حرمته لا تثبت به الحرمة وذلك مثل اللبن النجس عينه، وهو المحلوب من ثدي الميتة، وأما[٣] المشوب بالخمر أو البول فلم يتمحض تحريمه؛ لأنه لبن وبول أو لبن وخمر، فنظيره في مسألتنا الوطء بالشبهة[٤] أو وطء أحد الشريكين الجارية المشتركة، وأما فصل الأخير[٥] فهو فرض مجرد، وليس تحته معنىً، ويقال لهم في الإحرام الوطء إنما يفسده لارتكاب المحظور، وإذا كان الوطء زنًا فالحظر به آكد وأمحض (فالإفساد به)[٦] أولى، وأما في مسألتنا فليس ثبوت حرمة المصاهرة باعتبار الحظرية حتى أن الحلال المحض يثبت حرمة المصاهرة باعتبار أن المفعول وطء محترم مشروع يصلح سببًا للوصلة وهذا لا يوجد في الزنا.

وقد قال بعض المخالفين: أن حرمة المصاهرة تثبت في الزنا على طريق المعاقبة، والزجر عن الزنا؛ لأنه[٧] إذا عَلِمَ أن[٨] بارتكاب هذا الحرام ينسد عليه باب الحلال ربما يزجره[٩] ذلك عن الزنا والتحريم يصلح عقوبة بدليل

(١) في (ز): فثبتوه.
(٢) في (ز): تمحضت.
(٣) في (ز): فأما.
(٤) في (ز): بشبهة.
(٥) في (ز): الآخر.
(٦) في (ز): فكان الإفساد.
(٧) في (ز): فإنه.
(٨) في (ز): أنه.
(٩) في (ز): زجره.




قوله تعالى: ﴿فَبِظُلْمٍ مِّنَ ٱلَّذِينَ هَادُواْ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَٰتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ﴾[1] الآية، قالوا: ولهذا لا يثبت النسب زجرًا عن الزنا؛ لأنه إذا عَلِمَ أن ماءه يضيع ويهلك[2] بعدم النسب يزجره[3] ذلك عن الزنا، وهذا الفصل ليس بشيء، وكيف يكون عقوبة والتحريم أكثره بين الواطئ وغيره وبين الموطوءة وغيرها؟، والذي قال أنه يزجره عن الزنا،

قلنا: لو وجب في هذا الموضع زجرًا لم يجز تعلقه بالوطء الحلال [٢٠٩/ب]؛ لأن ما وَجَبَ زجرًا عن الحرام لا يتعلق[4] على الحلال بحال كسائر الزواجر. والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

عندنا يجوز التزويج بولد الزنا[5][6].

وعندهم: لا يجوز[7][8].

---

(١) سورة النساء، من الآية ١٦٠.

(٢) في (ز): وحرمته تهلك.

(٣) في (ز): زجره.

(٤) في (ز): تعلق.

(٥) في (ز): المخلوقة من ماء الزاني لا تحرم عليه عندنا.

(٦) ينظر: الأم: ٢٢/٥، والنكت: ورقة ٢٠٥/أ، مغني المحتاج: ١٧٥/٣، روضة الطالبين: ١٠٤/٧.

(٧) في (ز): تحرم.

(٨) ينظر: الأسرار: كتاب النكاح، ص ٣٥، فتح القدير: ٢٠٩/٣، در المحتار: ٢٩/٣، تبيين الحقائق: ١٠٦/٢.

(والمسألة تنبى على المسألة السابقة: وهو أن علة حرمة المصاهرة عندنا الوطء المحترم، وعندهم: البعضية، وذكرنا معظم كلمات هذه المسألة في المسائل السابقة، ونذكر هاهنا ما تختص به من كلمات هذه المسألة)[1][2].

❖ لنا:

أن نسب الولد غير ثابت منه بالإجماع، فصار الزاني وغيره من الناس في حق هذا الولد بمنزلة واحدة؛ لأن السبب المحرم كان هو النسب، وقد انتفى في هذه[3] المواضع[4].

يبينه: إن الله تعالى قال: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾[5] الآية، فحرم البنت المضافة إليه، وهي غير مضافة (إلى الزاني)[6] فلم تدخل في آية التحريم، وإذا[7] خرجت عن آية التحريم دخلت في آية التحليل، وهو قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾[8] الآية.

❖ وأمّا حجّتهم:

قالوا: أنها بعضه فوجب أن تحرم عليه كما قلنا في المسألة الأولى،

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): العبارة هكذا: «وقد دخل الكلام في هذه المسألة في المسألة المتقدمة غير كلمات يسيرة».
(٣) في (ز): هذا.
(٤) في (ز): الموضع.
(٥) سورة النساء، من الآية ٢٣.
(٦) في (ز): إليه.
(٧) في (ز): فإذا.
(٨) سورة النساء، من الآية ٢٤.

وإنما قلنا: إنها بعضه لأنها مخلوقة من ماءه، وماؤه بعضه، فالذي خُلِقَ منه بعضه، ووجه تأثير البعضية في التحريم ما بيّنا في المسألة الأولى، وإن[1] قلتم: لا نعرف أنها بعضه؛ لأن الزانية يأتيها غير الواحد[2]، قالوا: نصوّره فيما إذا اعترف أنها من مائه مخلوقة ولابد أن يُؤاخذ بموجب اعترافه في حقه وربما صوروا فيما لو افتض بكرًا بالزنا[3] وَحَضَنَها حتى جاءت بولدٍ بمثل[4] ما تلد له النساء، فهو ولده من حيث الظاهر، والظاهر كافٍ في إثبات المحرمات[5]، قالوا: ولا يجوز بأن يقال أن ماء الرجل يصير مستهلكًا في ماء المرأة بدليل أن الرق والحرية تعتبران بها، قالوا: وكيف يصير مُستهلكًا؟ ولاشك أن الولد يُخلَق من ماء اثنين ذكر وأنثى.

ويدل عليه: أن مذهب الشافعي رضي الله عنه أن المتولد بين الظباء والشاة[6] لا يكمل به نصاب الغنم[7] وإن كان الفحل من الظباء، ولو كان الأمر على ما قلتم لكمل.

ويدل عليه: أن النسب يثبت من الأب ولو صار ماؤه مستهلكًا لم يثبت، لأن الماء معتبر في النسب خصوصًا على أصلكم، وأما اعتبار جانب الأم في الرق والحرية فكان ذلك لنوع رجحان في جانب الأم ولا ننكر الترجيح إنما

---

(١) في (ز): فإن.
(٢) في (ز): واحد.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): لمثل.
(٥) في (ز): الحرمات.
(٦) في (ز): والنعاج.
(٧) ينظر: الأم: ٢/١٦.

ننكر ما قلتم من الاستهلاك.

واعترضوا على النسب بما ذكرنا، وربما قالوا: النسب للشرف ولا شَرَفَ في الانتساب إلى الزاني. وأما الحرمة بسبب[1] البعضيّة من غير اعتبار شرف أصلًا وقد تعلقوا بجانب الوالدة فإن الحرمة تثبت بينها وبين الولد بالإجماع، وقاسوا جانبه على جانبها، وأما[2] الآية قالوا: إن لم تكن هذه بنته نسبًا فهي بنته على معنى أنها مخلوقة من مائه وهذا هو المؤثر في الحرمة.

۞ الجواب:

أنا تكلمنا على فصل البعضية في المسألة الأولى ولا حاجة بنا إلى الإعادة، والحرف هو ما ذكرنا من إلغاء هذه البعضية لصدرها عن الزنا، وبدليل النسب فإن قالوا: إن الحرمة تثبت بالشبهات والنسب لا يثبت بالشبهات بدليل الرضاع، قلنا: يثبت النسب بالشبهات بدليل الوطء بالشبهة[3] وعلى أن هاهنا حقيقة البعضية (وحقيقه البعضيّة)[4] تثبتُ النسب مثل ما يثبت الحرمة، وحين لم يُثبت النسب في هذه الصورة دل أن عدم ثبوتها كان لإلغاء[5] البعضيّة، وأما جانب الوالدة قلنا: جانبه يفارق جانبها بدليل أن كل ما يُثبت بين الوالدة، والولد الثابت من النسب يثبت بين الوالدة قطعًا من الزنا من النسب[6]، وولاية الحضانة، وثبوت الإرث، والنفقة، (بخلاف

(١) في (ز): فهي بسبب.
(٢) في (ز): فأمّا.
(٣) في (ز): بشبهة.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): بإلغاء.
(٦) في (ز): النسبة.

مسألتنا فإنه لا يثبت النسب، ولا شيء من أحكامه من الولاية، والإرث، والنفقة)[1]، وهذا لأن الولادة التي لا توصف بالعدوان طارئة على الزنا فاعتُبر الطارئة، وأُعرض عن النسب الأول ومثل هذا لا يوجد في جانب الأب، وأما الآية فهي في نهاية الحجة.

وقولهم: «أنها بنتُه» محال ؛ لأن بنت الإنسان من يثبت نسبُها منه، فأما مَنْ لا يثبت نسبها منه فلا تكون بنتُهُ، والمعتبر الإضافة[2] الشرعية لا ما قالوه. والله أعلم.

※ (مَسْألَة):

إذا استولد جارية ابنه يضمن عُقرها وقيمتها[3].

وعندهم: يضمن قيمتها لا عُقرها[4].

لنا:

أنه وجد سبب ضمان العُقر والقيمة كلاهما، فوجبا كلاهما، وإنما قلنا: [٢١٠/أ] ذلك لأن سبب ضمان العُقر هو[5] الوطء كما إذا لم تحبل، ولأنه إذا لم يجب الحد لابد من وجوب ضمان العُقر، فأما ضمان القيمة بسببه تملك

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): هو الإضافة.
(٣) المهذب: ٤٦/٢، النكت: ورقة ٢٠٦/أ، الروضة: ٢٠٨/٧.
(٤) المبسوط: ١٢٢/٥، رؤوس المسائل: ص ٣٨٤.
(٥) في (ز): هو نفس.

الجارية على الابن وتملك الجارية على الابن لا يخلو من وجوب القيمة وهذا بالإجماع ولا يحتاج إلى دليل فيه، والاستشهاد على هذا الأصل بأحد الشريكين إذا وطء الجارية المشتركة فإنه يجب عليه نصف العُقر ونصف القيمة ونصف القيمة في هذه الصورة مثل جميع العُقر والقيمة[١] في مسألتنا.

۞ وأمّا حجّتهم[٢]:

قالوا: وطأ مُلْكَ نفسه فلا يجب عليه العُقر، دليله: الوطء الثاني وهذا أصل مسلم إن مَنْ وَطَأَ مُلْكَ نفسه، لم يجب عليه العُقر، وإنما الشأن في إثبات وطئه ملك نفسه، قالوا: وإنما قلنا ذلك لأن الاستيلاد قد صح والاستيلاد لا يصح من الإنسان إلا في ملكه، مثل الإعتاق والتدبير؛ ولأن الأب ليس له حقيقة ملك وَلَاحَقَ ملكٍ في جارية ابنه، أما قولنا: «ليس له حقيقة ملك»، فمسلم.

وأما قولنا: «ليس له حق ملك فيه[٣]»؛ فلأن[٤] الابن يَملك وطء جاريته ولو كان لأبيه فيها حق ملكٍ لم يحل له وطئها؛ لأن حق ملك الغير مانع من الوطء كحق نكاح الغير وذلك إذا وطء منكوحة الغير بالشبهة لا يجوز للزوج وطيها وحين حل الوطء في مسألتنا للابن عرفنا قطعًا أنه ليس للأب فيها حق ملك.

ويدل عليه: أنه يجوز للابن أن يتبرع بالجارية على الغير ولو تعلَّق بها

(١) في (ز): وجميع القيمة.
(٢) في (ز): فأمّا حجة المخالفين.
(٣) في (ز): فهو.
(٤) في (ز): لأن.

حق الأب لم يجز لأن التعرض لحق الغير بالإسقاط لا يجوز، ولأنه لا سبب للأب يثبت به حق الملك في جارية الابن؛ لأن كونه أبًا له لا يوجب حقُّ ملك له في ماله؛ لأنه حر مثله، وإنما استفاد الأبُ المالكية بالحرية والابنُ مثله في هذا المعنى.

يبينه: أن حرية الابن توجب أن يكون الملك في إملاكه على الخلوص مثل الأب سواء. وأما سقوط الحد بوطئها[1] إذا لم تحبَل ليس لثبوت حق الملك بل لصورة الإضافة الشرعية من قوله ﷺ: **(أنت ومالك لأبيك)**[2] وهذه الصورة لابد أن تُثبت شبهة فيسقط[3] الحد بها مثل ما قالوه في صورة العقد على ذوات[4] المحارم يوجب سقوط الحد وصورة عدم[5] القتل بالمثقل، والحد يسقط عندهم بمثل هذه الصورة[6] وإن لم يكن لها حقائق (لسُرعة حصوله في الشرع)[7]، وأما حق الملك لا يثبت إلا بسببٍ مؤثرٍ في إثبات الحق كحقيقة الملك لا تثبت إلا بسببٍ مؤثرٍ في إثباتها، قالوا: فثبت أنه ليس للأب حقيقة ملك ولا حق ملك في جارية الابن[8] ومع ذلك صح الاستيلاد[9] فنقول: إنما صح لأن الشرع جعل له تملُّك مال الابن عند الحاجة

(١) في (ز): وطئه.
(٢) رواه ابن ماجه في سننه برقم (٢٢٩٠).
(٣) في (ز): يسقط.
(٤) زيادة من (ز).
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): الصور.
(٧) في (ز): شرعية.
(٨) في (ز): ابنه.
(٩) في (ز): استيلاده.

كما يتملك عند الجوع والفقر لصيانة روحه فكذلك هاهنا يتملك الجارية عند الاستيلاد لصيانة مائه، فإن مائه جزء منه، فجعل الشارع له صيانتَه بتملك الجارية على ابنه ثم هذه الصيانة تقع لصحة[1] الاستيلاد وصحة الاستيلاد بتقدم الملك عليه حكمًا مثل ما يتقدم الملكُ على العتق في قوله لغيره: «أعتق عبدك عني على ألف»، فإذا قدمنا بهذا الطريق حصل الاستيلاد في ملكِه فلم يجب عليه شيء بالوطء، ووجبت القيمة بتملك رقبة الجارية عليه.

قالوا: وبهذا الطريق[2] فارق أحد الشريكين؛ لأن سبب صحة الاستيلاد قد وُجد هناك وهو وجود الملك في نصف الجارية ثم صح الاستيلاد في كل الجارية لعدم تجزّأ الاستيلاد مثل العتق على قول مَنْ لا يحكم بتجزئته[3] فصار ملكُ النصف في هذه الصورة حكم الاستيلاد فيعقبه وملك الجارية شرط الاستيلاد فيقدمُه فلما تقدم هاهنا كان الوطء حاصلًا في ملكه، ولما تعقب هناك صار الوطء حاصلًا في نصف جارية الغير فوجب نصف العُقر.

قالوا: ولا جائز[4] أن يقال: تقدّم الملك على الإنزال لا على الوطء فيكون الوطء خارج ملكه فيجب العُقر، وذلك لأن استيلادَه بوطئه والجميع في حقيقة الوطء واحد. وربما يقولون الوطء إيلاج آلة مخصوصة في فرج، والإيلاجات الأُخَر دوام عليه، والإنزال نهايته، (والدوام على الفعل لا يكون له حكم فعل مُبتدأ فكذلك نهايته)[5]، وزعموا أنه لو طلّق امرأته ثلاثًا في

---

(١) في (ز): بصحة.
(٢) ليست في (ز).
(٣) وهو قول الجمهور.
(٤) في (ز): يجوز.
(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).




أثناء الوطء ودام عليه لم يجب عليه حد[1] ولا عُقر[2].

وقد احتج مشايخهم المقدمون في هذه المسألة، وقالوا: إن الوطء فعل واحد، وقد أوجب كمال بدل النفس، فلم يجب معه ضمان ما دونه، [٢١٠/ب] كما لو جرح إنسانًا فسرى إلى النفس وجبت الدية للنفس، ولم يجب أرش الجناية.

❁ **الجواب:**

أما قوله: وَطَأَ[3] ملك نفسه، ليس كذلك؛ لأن عند وطئه إياها لم يوجد سبب يتملكها به.

وأما قولهم: إنه ليس للأب في جارية الابن لا حقيقة الملك ولا حق ملك.

قلنا: الحقيقة مسلمة، أما الحق فلا نسلم، وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه، وعلى هذا لو تزوّج الأب جارية ابنه لا يجوز[4]؛ لأن حق الملك انتصب مانعًا منه، لأن حق الشيء في منع النكاح مثل حقيقته كالعدة، ومثل شبهة البعضية في الرضاع، مثل حقيقتها في منع النكاح ونعني بالحق أن الجارية ملك الأب من وجهٍ مثل كسب المكاتب ملك للسيد من وجهٍ، ودليل ثبوت حق الملك للأب قوله عليه السلام: **(أنت ومالك لأبيك)**[5] فإن لم يعمل هذا الظاهر في إثبات حقيقة الملك فلا أقل من عمله في إثبات حق الملك.

---

(١) في (ز): الحد.
(٢) في (ز): العُقر.
(٣) في (ز): إنه وَطَأَ.
(٤) ينظر: النكت: ورقة ٢٠٦/أ.
(٥) تقدم تخريجه في ص ١٨٩.

ويدل عليه: أنه لو وطئها ولم يعلَق سقط منه الحد، وكان سقوطه[1] لما بيَّنا.

وحرف الإلزام في هذا: أن الوطء كان زنا بالحظرية إذا صادف جارية الأجنبي فلو كانت الحظرية في جارية الابن مثلها في جارية الأجنبي كان زنًا وحين[2] لم يكن زنا دل أنه وُجد سببُ[3] ملك ولا يتصوّر خروج الوطء عن كونه زنا، إلا بوجود سبب إباحة أو سبب ملكٍ، وأما إباحة وطء الابن جاريته فلا يدل على انتفاء هذا الحق مثل إباحة الوطء في أم الولد، لا يدل على انتفاء حق العتق لها فكان[4] المعنى فيه دفع الحرج والضرر عن الأبناء، كما أن في أم الولد كان إباحته الوطء مع ثبوت حق العتق للجارية، لانتفاء الحرج والضرر عن المولى، والجواب ظاهر مع هذا الاستشهاد.

وأما التبرع فاعلم أن حق ملك الأب لا يظهر في تصرفات الابن مثل ما لا يظهر حق السيد في تصرفات المكاتب إلا أن المكاتب لا يملك التبرعات[5]؛ لأنه ليس من أهل التبرع، ولهذا لا يملك[6] وإن أذن له السيد، وفي مسألتنا الابن من أهل التصرفات[7] فنزّل هذا التصرف منزلة سائر التصرفات.

---

(١) في (ز): السقوط.
(٢) في (ز): وحيث.
(٣) في (ز): في سبب.
(٤) في (ز): وكان.
(٥) في (ز): التبرع.
(٦) في (ز): يملكه.
(٧) في (ز): التبرع.

وأما عذرهم عن الحد فليس بشيء، وقد قررنا على وجه لا يتأتى لهم عليه السؤال، والصورُ التي لا حقائق لها لا عبرةَ بها في الحكم، وتبطل بما لو زنا بابنته يجب عليه الحد، وتلك الصورة موجودة.

وأما الطريق الذي قالوه في تملك الجارية ففي غاية الضعف؛ لأنه لو كان بذلك الطريق كان التملكُ بغير شيء، كما أن التملك عند الحاجة إلى الطعام يقع بغير شيء، وأما الذي قلناه فطريق صحيحة[1] في تصحيح الاستيلاد، وإيجاب ضمان القيمة؛ لأن الاستيلاد صح لحق الملك ثم تَملّك[2] الجارية لصحة الاستيلاد لأن حق الملك لما نزّل منزلة حقيقة الملك في صحة الاستيلاد نزّل الاستيلاد في هذه الصورة منزلة استيلاد أحد الشريكين، ولأن الأب يحتاج إلى صيانة مائه عن الرق لأنه جزء منه، فتملّك الجارية على الابن حتى[3] صح استيلاده لتعلق ولده على الحرية، وهذه الطريقة أحسن مما قاله الأصحاب إنما[4] تقدّم الملك على الإنزال وإن كان تمشيته سهل المأخذ لكون الإيلاج والإنزال فعلين بدليل أنه يتصور الإيلاج والكف عن الإنزال، وبدليل أن مَنْ وطئ جارية ابنه ثم ورثها[5] في خلال الوطء وأنزل صارت[6] أم ولد له بالإجماع، فعرف بهذه المسألة أن تقدّم الملك على الإنزال كافٍ فيسقط بهذا كل ما قالوه في مسألة الجناية وسرايتها

(١) في (ز): صحيح.
(٢) في (ز): مَلَكَ.
(٣) في (ز): حين.
(٤) في (ز): من أنا.
(٥) في (ز): ورثها منه.
(٦) لم أجده في مظانه.

ليس له إلا فعل واحد وهو الجناية ويصير قاتلًا له بها، وإذا وجب بدل النفس سقط بدل الأجزاء وهذه الطريقة وإن كانت حسنة لكن الاعتماد عندي على الطريقة الأولى وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه ولهذا لا يجوز عنده أن يتزوّج الأب بجارية الابن(١)، وقد دخلت كلمات هذه المسألة في أثناء تلك المسألة ووقع(٢) الاستغناء عن إفرادها بالذكر وإن كنا قد أفردناها في التعليق، وبعض أصحابنا زعم أن منع الأب من نكاح جارية الابن لوجوب إعفاف الأب على الابن لا لثبوت حق الملك(٣)، وليس بشيء؛ لأن الإعفاف إذا وجب لم يجز للأب أيضًا أن يتزوج بجارية الأجنبي وليس تخصيص الابن بالمنع أولى ولأنه إذا لم يكن للابن مهر حرة ولا يبلغ ثمن الجارية مهر حرة لا يجوز للأب أيضًا أن يتزوج جاريته ووجوب(٤) الإعفاف ساقط. [٢١١/أ] والله أعلم بالصواب.

※ (مَسْأَلَة):

نكاح الأمة لا يجوز مع القدرة على نكاح الحرة عندنا(٥).

وعندهم: يجوز(٦). وشرط نكاح الأمة هو العجز عن مهر الحرة،

---

(١) في (ز): ابنه.
ينظر: النكت: ورقة ٢٠٦/أ.
(٢) في (ز): فوقع.
(٣) النكت: ورقة ٢٠٦/أ.
(٤) في (ز): فوجوب.
(٥) الأم: ٥/٩، المهذب: ٢/٤٦، روضة الطالبين: ٧/١٢٩، النكت: ورقة ٢٠٥/ب، رؤوس المسائل: ورقة ٤٠/أ.
(٦) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٤١٧، المبسوط: ٥/١٠٨، بدائع الصنائع: ٣/١٤٠٧،=

وخشية العنت[١]. وعندهم: يجوز بلا شرط[٢].

لنا:

أن نكاح الأمة عقد أبيح لضرورة فلا يجوز عند عدم الضرورة، وهذا الحرف يستغني[٣] عن المثال؛ لأنه مستقل بنفسه، شاهد له جميع أصول الشرع، وإنما الشأن في إثبات أنه أبيح للضرورة والدليل عليه ظاهر الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا﴾[٤] الآية، وقول القائل: مَنْ لم يستطع كذا فليفعل كذا، يكون نصًا في إباحة الثاني لضرورة فَقْدِ الأول مثل قوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾[٥] وكذلك قوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾[٦].

يبينه: أنه إذا جاز نكاح الأمة مع وجود الاستطاعة على نكاح الحرة بطل هذا التقييد ولغى هذا التعليق، ألا ترى أنه لا يستقيم أن يقال: فمن لم يستطع نكاح فلانة؛ فلينكح فلانة إذا كان يجوز نكاح كل واحدة منهما[٧] على السواء. وأما من حيث المعنى: فالدليل على أن نكاح الأمة جاز للضرورة هو أن في نكاح الأمة تعريض جزء منه للرق لأن الولد جزء منه، ويرق إذا

= فتح القدير: ٣/٢٣٤، رؤوس المسائل: ص ٣٨٧.

(١) الأم: ٥/٧، روضة الطالبين: ٧/١٢٩، ١٣١، ١٣٢.

(٢) ينظر: حاشية (٢).

(٣) في (ز): مستغنٍ.

(٤) سورة النساء، آية: ٢٥.

(٥) سورة المجادلة، آية: ٤.

(٦) سورة النساء، آية: ٩٢.

(٧) زيادة من (ز).

تزوج بالأمة وعلى الحر إكرام حُريته، ومن إكرام حريته أن لا يُعرضَ أجزاءه للرق، ولأن في الرق سلب النفس حكمًا فيكون أهلاكًا له من وجه، ولهذا المعنى صلُح عقوبة للكفار وجُعِل (نظير القتل)[١] فكما[٢] يُمنَع من إهلاك نفسه يُمنَع أيضًا من إهلاكه ولده، فثبت[٣] بما قلنا: أنه قام دليل يمنع نكاح الأمة، ولم يُعارضه دليل يُطلقه عند وجود مهر الحرة والقدرة على نكاحها فجعل حكمه المنع منه، فأما إذا عجز عن نكاح الحرة وخاف الزنا على نفسه وُجد في معارضة دليل المنع دليل مُطلقٌ وهو خوف الهلاك في الدنيا والآخرة، وهذا الهلاك فوق هلاك الولد بالرق فترجح دليل الإطلاق على دليل المنع؛ لأن خوف الهلاك بالزنا يُطلق فعلَ ما يُحصِّنُه عن الزنا، وفي نكاح الأمة ما يُحصّن عن هذا الهلاك في الحال، وفي ترك نكاح الأمة صيانة الولد عن الهلاك في المستقبل، وهو أيضًا هلاك من حيث الحكم لا من حيث الحقيقة، وهذا هلاك في الدنيا لا هلاك في الآخرة، فإذا ترجح دليل الإطلاق على دليل المنع أبيح وكانت إباحة ضرورة، والمعنيُّ بالضرورة هو شرط فقدان القدرة على نكاح الحرة، ولهذا المعنى لا يجوز نكاح الأمة إذا كانت تحته حرة، وليس يعرف معنى في هذه الصورة (أحسن مما)[٤] قلناه.

ويمكن أن يقال أن النكاح عقد ازدواج وسكن، والسكن والازدواج لا يتم بين الحر والأمة لشرفه وخستها؛ ولأنها مشغولة بحق الغير وهو السيد

---

(١) في (ز): عقوبة كالقتل.

(٢) في (ز): وكما.

(٣) في (ز): فدل.

(٤) في (ز): آخر غير ما.

وهو فارغ للقيام بحقوقها وعقد السكن والازدواج لا يتم بين فارغ ومشغول فكان القياس أنه لا يجوز نكاح الأمة أصلًا ولأن النكاح اقتدار شرعي بإباحة شرعية ولا يقتدر على الأمة شرعًا مثل ما يقتدر على الحرة فهذه وجوه تصلح لإيضاح الكلام بها والاعتماد على الأول. وذكر بعض مشايخنا[1]: أن نكاح الأمة بدل عن نكاح الحرة فالقدرة على الأصل تمنع المصير إلى البدل مثل (القدرة على)[2] الماء تمنَع المصير إلى التراب، ودليل البدلية أن نكاح الأمة لا يجوز مع وجود نكاح الحرة لنقصانٍ فيها وسنذكر وجهَ ضعفِ هذا في حجتهم.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: الأمة من جملة المحلّلات من النساء للرجال فلا يُشترط في جواز نكاحها وجود العجز عن نكاح غيرها.

دليله: الحرة، والدليل على أنها من جملة المحلّلات قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾[3] وهذا على عمومه، وأيضًا قال الله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾[4] الآية، وهذا عام في الحرائر والإماء لأنهن كلهن نساء، ولأن النكاح جائز لقضاء الشهوة وطلب النسل، والحرائر والإماء في هذا المعنى سواء، وهذا لأن الإناث أزواج الرجال خِلقة، والأمة من حيث أنها أنثى بمنزلة الحرة كالعبد من حيث أنه رجل بمنزلة الحر، قالوا:

---

(١) في (ز): أصحابنا.
(٢) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٣) سورة النساء، آية: ٢٤.
(٤) سورة النساء، آية: ٣.

وأما الآية فليس فيها أكثر من الأمر بنكاح الأمة عند فقد مهر الحرة، ونحن نقوله فإن عندنا إنما يُستَحب نكاح الأمة عند العجز عن نكاح الحرة مثل ما يُستحب نكاح الكافرة عند العجز عن نكاح [٢١١/ب] المؤمنة، والآية تناولت الأمر بنكاح الأمة لأن قوله تعالى: ﴿فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُم مِّن فَتَيَـٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ﴾[١] معناه فلينكح وهو أمرٌ وأقل المراد به الاستحباب وليس المراد به تعليق الإباحة بشرط العجز؛ لأن الإباحة بحسب الدليل وقد قام دليل إباحة نكاح الأمة قبل العجز عن مهر الحرة كما قالوا[٢]، وإذا قام دليل الإباحة صار الشرط المذكور في الآية لاستحبابه لا لإباحته. وربما يقولون منطوق[٣] الآية هو إباحة نكاح الأمة عند فقد طَول الحرة، والمنع عند الوجود مفهوم والمفهوم عندنا ليس بحجة، فإن طلبتهم فائدة التعليق بشرط عدم الاستطاعة فإن الفايدة ما بينا[٤] من قبل.

قالوا: وأما قولهم: إن في نكاح الأمة تعريض جزء منه للرق قالوا: إن[٥] ادّعيتم الإرقاق فهو في غاية[٦] البعد؛ لأن الماء لا يوصف بالحرية[٧] حتى يحكم فيه بالإرقاق، وإنما الولد يوصف بالرق والحرية، ولأن الرق يثبت في الولد ابتداء شرعًا بتبعية الأم، ووصف النكاح أو الوطء بالرق من المجازفات

---

(١) سورة النساء، آية: ٢٥.

(٢) في (ز): بيّنا.

(٣) في (ز): منظوم.

(٤) في (ز): بينّاه.

(٥) في (ز): فإن.

(٦) في (ز): نهاية.

(٧) في (ز): بالرق أو الحرية.

التي ينبغي للمحققين أن يصونوا أنفسهم وألسنتهم عن مثل هذا، فأما لفظ التعريض على معنى أنه لو كان تزوّج بحرة بدل الأمة كان ولده حرًا أو إذا تزوج بأمة كان ولده رقيقًا، هذا مسلم، (ولكن لم)[1] قلتم بهذا العذر لا يجوز نكاح الأمة أو تخرج الأمة بهذا من أن تكون محلّلة له على الإطلاق وهذا لأنه إذا ثبت ابتداء بتبعيِّة الأم لم يكن منه إرقاق حر (فلا معنى)[2] للمنع[3] منه.

قالوا: ولهذا جاز نكاح الأمة عند العجز عن نكاح الحرة وقد أدّى النكاح في هذه الصورة إلى ما قلتم ومع ذلك لم يُمنع منه.

وقولكم: جاز للضرورة طمع محال[4]؛ لأن الضرورة لا تتصوّر في باب النكاح فإن الصبر كيف ما كان ممكن عن نكاح الأمة والضرورة إنما تتحقق عند خوف الهلاك. إنما غاية ما في الباب أنه محتاج إلى نكاح الأمة لقضاء الشهوة وبالحاجات لا تباح المحظورات، ألا ترى أنه إذا كان تحته[5] حرة بالنكاح لا يجوز له نكاح الأمة وإن كان يوجد الحاجة لميل[6] القلب أو لغلبة[7] الشهوة ولأن الغُنية لا تقع بالواحدة بحال، لأنها تمرض وتنفس وتحيض وغير ذلك من العوارض، قالوا: ولهذا لا يجوز نكاح المجوسية وإن خاف أن يزني بها ولا يجوز النكاح بغير الشهود[8]، وإن كان الرجل والمرأة

---

(١) في (ز): فلم.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): لا منع.
(٤) في (ز): في محال.
(٥) في (ز): عنده.
(٦) في (ز): بميل.
(٧) في (ز): غلبة.
(٨) في (ز): شهود.

في مفازة وليس معهما أحد، وخاف أن يواقعها بحرام، وهذا فصل مشكل لابد من الاعتناء في الجواب عنه، واستدلوا بفصل العزل، قالوا: يجوز للواطئ أن يعزل عن الحرة بإذنها وعن الأمة بغير إذنها، وفيه إهلاك الولد بإعدامه وهو فوق الإرقاق بإعدام وصف الحرية وكذلك ألزموا إذا كان عنده أمة فتزوِّج بحرة[١] يبقى نكاح الأمة على الصحة ويرق ولدها ويحل له وطئها، وفي وطئها تعريض ولده للرق أو إرقاقه على ما زعم بعض أصحابكم مع الغُنية عنها، وهذا فصل مشكل أيضًا في المسألة.

واستدلوا بفصل العبد وصورته إذا قال السيد له تزوّج بحرة إن شئت أو أمةٍ يجوز له نكاح الأمة مع القدرة على نكاح الحرة. ووجه تعلقهم بهذا: أن الأمة إذا كانت محلّلة للعبد على الإطلاق فالحر أولى؛ لأن الرق مانع من النكاح والحرية مُطلقة للنكاح بدليل أن الحر ينكح أربعًا والعبد لا ينكح إلا اثنتين؛ ولأن الحر والعبد يستويان في جميع الموانع من النكاح بدليل الرضاع والنسب وغير ذلك فإذا لم يكن هذا مانعًا في حق العبد لا يكون مانعًا في حق الحر، قالوا: وأما إذا كان تحته حرة: منهم مَنْ قال لم يجز لقول علي رضي الله عنه **(لا تنكح الأمة على الحرة وتنكح الحرة على الأمة)**[٢]، ومنهم مَنْ روى مرفوعًا.

واعتذر القاضي أبو زيد[٣] عن هذا الفصل بما ادّعاه في مسألة عدد

---

(١) في (ز): حرة.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه موقوفًا ولفظه: (لا تنكح الأمة على الحرة أو لا تنكح الحرة على الأمة): ٤/١٤٨.

(٣) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٤٣٢.

الطلاق أنه معتبر بالرجال أو النساء وهو أن الحِلّ على النصف في حق الأمة بالرق مثل ما هو على النصف في حق العبد إلا أنه لا يظهر في نفس الحِلّ ويظهر في أحكام الحِلّ مثل العدة والقسم والطلاق كذلك يظهر في أحوال إباحة النكاح فيحل نكاح الحرة في حالتين قبل الأمة وبعد الأمة ويحل نكاح الأمة في حالة واحدة وهي قبل الحرة لا بعد الحرة، فأما إذا جمع بينهما يصح نكاح الحرة ويبطل نكاح الأمة؛ لأن كل واحدة مضمومة إلى الأخرى، وضم الأمة إلى الحرة لا يجوز، وضم الحرة إلى الأمة يجوز فإن اعتبرنا في [٢١٢/أ] الأمة ضمها إلى الحرة لا يجوز، وإن اعتبرنا ضم الحرة إليها يجوز، فيجوز من وجهٍ ولا يجوز من وجهٍ، فلا يجوز.

قالوا: وأما لفظ البدلية فلا يصح ولا يكون العقد في محلٍ بدلًا عن العقد في محلٍ آخر بحال وهذا لأن النكاح من جملة المباحات والأبدال إنما تدخل في الواجبات لأنه لا رخصة في تركها فيقام شيء مكان شيء لئلا يبقى في عهدة الواجب، فأما ما يباح تركه فيجوز أن لا يفعله أصلًا فكيف يجعل له بدل وخلف؟ وأيّ ضرورة في أن يجعل الثاني خلفًا له[١]، بل يكون مباحًا في نفسه[٢]، وأيضًا يجوز أن يجتمع عنده حرة وأمة بالنكاح، إذا[٣] تزوج بأمة ثم بحرة ولا يتصور اجتماع البدل والمبدل في موضعٍ ما وأيضًا يجوز أن يكون وجود[٤] الشيء مانعًا من فعل الشيء ثم وجود بدله لا يكون مانعًا، فإن عندكم وجود بنت المخاض يمنع أداء ابن

(١) في (ز): عنه.
(٢) في (ز): نفسه كما يكون الأول مباحًا في نفسه.
(٣) في (ز): إذا كان قد.
(٤) ليست في (ز).

اللبون ثم إذا عُدِمَ (عنده فَبَدَلَه)[1] لا يمنع منه[2].

❁ **الجواب:**

أما دعواهم أنها من جملة المحلّلات كالحرة (على الإطلاق)[3]، ليس كذلك، كما سبق ذكره، وأما الآيتان اللتان استدلوا بهما وردتا في الحرائر لا في الإماء، وكيف يدعي أن قوله: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾[4] وارد في الإماء والحرائر وقد استأنف بعده حكم نكاح الإماء وكذلك قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[5] يتناول الحرائر بدليل (أنه قال)[6] في آخر الآية ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[7] وهذا لا يتصور في الإماء.

وأما الباقي الذي ذكروه فلا نقول إنَّ التحليل في الحرائر بما قالوا[8] إنما هو بتحليل الشرع فحسب، وعلى أنه إن كان بما[9] قالوه، فقد عارض دليل الإباحة دليل المنع، وأما كلامهم على الآية فضعيف جدًا؛ لأن هذه الإباحة في هذه المواضع إنما وردت في بيان الإباحة لا في بيان الاستحباب

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) سورة النساء، آية: ٢٤.
(٥) سورة النساء، آية: ٣.
(٦) ليست في (ز).
(٧) سورة النساء، آية: ٤.
(٨) في (ز): قالوه.
(٩) في (ز): لما.

ولا في بيان الإيجاب فلا يجوز تغيير الجهة التي وردت فيها هذه الآيات، وأما تعليقه[1] بشرط عدم الاستطاعة فهو متعلق عظيم لأنه منع من جوازه عند وجود الاستطاعة، وقولهم: إذا أقام دليل الجواز يجوز، قلنا: فلا تكون الإباحة معلقة بهذا الشرط إذًا وليس هو بمنزلة المفهوم الذي ظنوه؛ لأن ما عُلِّق إباحتُه بشرط لا يتصوّر وجوده قبل الشرط؛ لأنه يتضمن إبطال الشرط، وأما فصل تعريض الولد للرق على ما سبق بيانه فهو ظاهر ولا ندّعي الإرقاق إنما ندّعي هذه القدر. فإن قالوا: لم قلتم أنه[2] يحرم بهذا القدر نكاح الأمة؟ قلنا: يحرم على طريق الكرامة لهذا الحر، والحرية سبب لجلب الكرامات (مثل الإسلام)[3] فإذا حرم على المسلم نكاح المجوسية كرامة له ولإسلامه فليحرم على الحر نكاح الأمة كرامة له ولحريته والتحريم في الأنكحة بطريق الكرامات أصل صحيح على ما سبق بيانه، بل هذا أولى؛ لأن ولد المسلم من الكافرة يكون مسلمًا تبعًا له وولد الحر من الأمة يكون رقيقًا تبعًا لها. فإذا عرف هذا فيخرج عليه فصل العاجز عن نكاح الحرة، فنقول: إذا لم يجد مهر حرة وخاف العنت يخرُج التحريم عن كونه كرامة؛ لأن الشيء إنما يكون كرامة ما لم يُدخله في العنت[4] ولم يُعطله عن نعمةٍ من نعم الله تعالى، فأما إذا أدخله في عنتٍ وعطّله عن نعمةٍ من نعم الله تعالى مثل النكاح خرج عن أن يكون كرامة (وجاء زمانُ الإطلاق)[5]، فإن قالوا: فلم لا يجوز نكاح

---

(١) في (ز): تعلقهم.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): كالإسلام.

(٤) في (ز): عنت.

(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).

المجوسية إذا خاف العنت؟ قلنا: لا يتصور، لأن مَنْ قدر على مهر مجوسية يقدر على مهر مسلمة؛ لأن كل ذي دين يعتقد الفضل لدينه وإنما يجوز أن يقدر على مهر الأمة ولا يقدر على مهر الحرة؛ لأن كل أهل(١) الأديان مجتمعون(٢) على دنأة الإماء، والإنسان لا يُسوِّي بين أمته وابنته في المهر، وكل الآباء يسوون بين مهور بناتهم إذا استوت أحوالهم، وهذا جواب بين، وقد وقع التقصّي عن عهدة هذا الإشكال. ويجوز أن يقال إن الضرورة تتحقق بتحقيق خشية العنت من الله تعالى؛ لأن معنى قوله ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾(٣) أي خشي الهلاك بالزنا، والجواب(٤) المعتمد هو الأول، وأما فصل العزل قلنا: ليس في العزل تعريض جزء منه للرق إنما هو ترك طلب الولد، وترك طلب الولد مثل ترك طلب المال، وفي مسألتنا نكاح الأمة يتضمن طلب الولد بوصف الرق وفي الرق تلف على ما سبق ونظيره طلب المال وكسبه لتضيعه لا يجوز، إنما ترك طلب المال يجوز، [٢١٢/ب] كذلك هاهنا، ترك طلب الولد يجوز ولا يجوز طلبه وإتلافه.

وأما قولهم: إذا تزوج بأمة ثم بحرة بعدها قلنا: نحن ما ادّعينا أن نكاح الأمة بدل ولكن ادعينا إن نكاح الأمة تعريض جزء منه للرق، وهذا التعريض في عقد النكاح لأنه سبب الوطء ولا يمكن اعتبار نفس الوطء لأنه أمر باطن قَلّ ما يوقَفُ عليه، فالشرع اعتبر سببه وهو النكاح، كما أنهم اعتبروا في سبب

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): مجمعون.

(٣) سورة النساء، آية: ٢٥.

(٤) ليست في (ز).

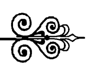
حرمة المصاهرة البعضيّة ثم نقلوا إلى المسبب كما بينا، وإذا جعلنا سبب التعريض للرق هو النكاح وقد مضى من قبل فنقول: استدامة (نكاح الأمة)[١] بعد نكاح الحرة بمنزلة استدامة التعريض للرق لا كابتداء التعريض.

يبينه: أن النكاح الصحيح لا يمكن إبطاله إلا بسبب وضع لإبطاله أو سبب ينافيه ولا يوجد في نكاح الحرة واحد من هذين في نكاح الأمة، وأما المنع ابتداء كرامة فجائز، وأما قطع النكاح كرامة فلا يوجد في موضعٍ ما فلا يمكن إثباته، وأما العذر الذي قالوه فيما لو كان تحته حرة فدعوى لا يمكن تحقيقها لأنه تنصيف الحِلّ وهو مما لا يقبل التنصيف بحال، وسنذكر هذا في مسألة عدد الطلاق ونبين الجواب عن المسائل التي أوردوها وعلى أن هذا العذر يناقض الأصل الذي قالوه (من قولهم)[٢]: إن الأمة محلّلة على الإطلاق فإنها إذا كانت كذلك فينبغي أن تكون في الحِلّ بمنزلة الحرة وهم يقولون بالرق يتنصف الحِلّ، ثم الأمة في هذا الشطر كالحرة في الكل، وهذا كنكاح العبد في المرأتين مع نكاح الحر في الأربع وكحد العبد في الخمسين مع[٣] حد الحر في المائة والجواب على ما سبق، والله أعلم.

(١) في (ز): النكاح للأمة.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): مثل.



※ (**مَسْأَلة**):

نكاح الأمة الكتابية عندنا باطل[١].

وعندهم: جائز[٢].

والكلام في هذه المسألة بناء على الأصل الذي قلناه[٣] في المسألة الأولى وهو أن نكاح الأمة جائز ضرورة[٤]، وقد ارتفعت الضرورة بنكاح الأمة المسلمة فلم يجز الأمة[٥] الكتابية؛ لأنه لا ضرورة وجواز نكاح الأمة[٦] المسلمة لا يدل على جواز نكاح الأمة[٧] الكتابية؛ لأن المسلمة طاهرة طيبة بإسلامها، والكافرة[٨] خبيثة نجسة[٩] بكفرها، فإذا ارتفعت الضرورة بالطاهرة لم يجز نكاح مَنْ لا يساويها في الطهارة ولا ضرورة وهذا كالمضطر إذا وجد طعام الغير لم يجز له تناول الميتة والدم، وليس كالكتابية الحرة حيث تساوي المسلمة[١٠]؛ لأن نكاحها لم يجز للضرورة فالشرع

---

(١) الأم: ٥/٧، النكت: ورقة ٢٠٦/أ، المهذب: ٢/٤٥، روضة الطالبين: ٧/١٣٢، رؤوس المسائل: ورقة ٤٠/أ، مغني المحتاج: ٣/١٨٥.

(٢) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٤٣٩، المبسوط: ٥/١١٠، بدائع الصنائع: ٣/١٤١٤، ١٤١٥، رؤوس المسائل: ص ٣٨٨.

(٣) في (ز): قدمناه.

(٤) في (ز): للضرورة.

(٥) زيادة من (ز).

(٦) زيادة من (ز).

(٧) زيادة من (ز).

(٨) في (ز): والأمة الكتابية.

(٩) ليست في (ز).

(١٠) في الأصل و(ز): المسلم، والتصويب من المحقق.

أعرض (من حيث كفرها)[1] في هذا المحل بحرمة الكتاب، فجاز مع القدرة على الحرة المسلمة إلا أنها في الشرع دون الحرة[2] المسلمة حتى إن نكاح المسلمة يستحب ونكاح الكتابية[3] مكروه، أما نكاح الأمة المسلمة لما كان جوازه ضرورة ونكاح الأمة الكافرة لا يوازيه شرعًا ولا لها طهارة مثل طهارتها فلم يجز بجوازه، ويمكن أن نتعلق بمجرد النص وهو أن الأصل لما كان في الشرع أن لا يجوز نكاح الأمة وإنما جُوّز بالنص والنص ورد في الإماء المسلمات بدليل قوله تعالى: ﴿مِّن فَتَيَـٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ﴾[4] لم نُعد الجواز موضع النص.

وأما هم يقولون: أن الإماء في محلية الحِلّ مثل الحرائر على ما سبق في المسألة الأولى فإذا جاز نكاح الحرة الكتابية فكذلك (جاز نكاح)[5] الأمة الكتابية.

۞ والجواب:

(على ما)[6] سبق، وأما ما ذكره الأصحاب أنه اجتمع في الأمة الكتابية نَقْصَانِ مانعان، وهما الرق والكفر ففي غاية الضعف فإنهم لا يسلمون أن الرق مانع من النكاح، وإنما يؤثر في تنصيف الحِلّ والكفر مانع في الرجال

---

(١) في (ز): عن خبثها.
(٢) زيادة من (ز).
(٣) في (ز): الكافرة.
(٤) سورة النساء، آية: ٢٥.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): قد.

دون النساء، وليس كل ما يؤثر في النكاح في الجملة إذا اجتمع منه اثنان يمنع أصل النكاح كالمجنونة الكتابية، والصغيرة الكتابية.

والحرف: أن الرق والكفر واحد منهما لا يمنع أصل النكاح(١) في المرأة، وهو إذا كانت المرأة أمة أو كافرة كتابية يجوز للمسلم نكاحها فإذا اجتمعا لا يمنع ولأي معنى يَصيرانِ مانعينِ من أصل النكاح. وقال بعض أصحابنا: تغلَّظ الكفر في مسألتنا بأثر من آثاره وهو الرق فمنع النكاح كما لو تغلّظ بعدم الكتاب ويقال على هذا تغلّظ الكفر بالرق لا يتصور لأن الكفر كسب العبد والرق حكم الشرع ولا يتصور تغلظ كسب العبد بحكم الشرع، نعم يجوز أن يقال إنه عقوبة على الكفر، [٢١٣/أ] أما التغلّظ بالرق(٢) فلا يعرف بخلاف التمجس، فإنه يُغلّظ الكفر بلا إشكال وَكُفْرُ مَنْ يعبد اثنين ولا يُنتسب إلى نبي من أنبياء الله وليس له حرمة كتاب من كتب الله تعالى أغلظ ممن له هذه الأشياء والاعتماد على القدر الذي سبق، والله أعلم.

❊ **(مَسْألَة)**:

إذا تزوج الكافر أختين أو أكثر من أربع نسوة ثم أسلم وأسلمن يُخير الزوج بين الأختين يختار أحدهما، ويخلى الأخرى، وفي الخمس يختار أربعة، ويُخلي الخامسة ولا فرق بين أن يتزوجهن (معًا معًا)(٣) أو متعاقبًا(٤)،

---

(١) في (ز): النكاح للمسلم.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): جميعًا.

(٤) الأم: ١٤٧/٥، النكت: ورقة ٢٠٧/أ، المهذب: ٥٢/٢، رؤوس المسائل: ورقة ٤٠/ب،=

وهو قول محمد بن الحسن[1]. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف أن تزوجهن معًا معًا[2] بطل النكاح في الكل وأن تزوجهن متعاقبًا صح نكاح الأربع الأوائل وبطل نكاح الأواخر، وفي الأختين يصح نكاح الأُولى، ويبطل نكاح الأخرى[3][4].

❋ لنا:

ما روى سالم عن أبيه وهو ابن عمر **(أن غيلان[5][6] بن سلمة الثقفي أسلم وتحته عشر نسوة فأمره النبي صلى الله عليه أن يختار منهن أربعًا)**[7]،

= شرح السنة، للبغوي: ٩/٩١، مغني المحتاج: ٣/١٩٦.

(١) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣٤٥، مختصر الطحاوي: ص ١٨٠، شرح السير الكبير: ٥/١٨٢٠، الحجة على أهل المدينة: ٣/٣٩٦، ٣٩٧، المبسوط: ٥/٥٣، البدائع: ٥/١٥٠٨.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): الثانية.

(٤) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣٤٥، مختصر الطحاوي: ص ١٨٠، المبسوط: ٥/٥٣، فتح القدير: ٣/٤٣٢، شرح السير الكبير: ٥/١٨٢٠.

(٥) في (ز): ابن غيلان.

(٦) غيلان بن سلمة الثقفي، أسلم بعد فتح الطائف، وكان تحته عشر نسوة في الجاهلية، فأمره رسول الله ﷺ أن يتخير منهن أربعًا، توفي في آخر خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه. ينظر: الإصابة: ٣/١٨٦ ـ ١٨٧.

(٧) رواه الترمذي في سننه ٢/١٩٠، مع تحفة الأحوذي، قال الترمذي: «هكذا رواه معمر عن الزهري عن سالم بن عبد الله عن أبيه، وسمعتُ محمد بن إسماعيل البخاري يقول: «هذا حديث غير محفوظ». وابن ماجه في سننه، رقم (١٩٥٣).
والدارقطني في سننه: ٣/٢٦٩ ـ ٢٧٠. والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٣/٢٥٣.
والبيهقي في سننه: ٧/١٤٩، ١٨١. وقال في الإرواء: أنه صحيح، وقد أطال في تخريجه وذكر طرقه: ٦/٢٩١.

وفي رواية أن النبي ﷺ قال: **(امسك منهن أربعًا)**[١]، وروى هشيم[٢] عن[٣] مغيرة[٤] عن الربيع[٥] بن قيس أن جده الحارث بن قيس[٦] أسلم وعنده ثمان نسوة فأمره النبي ﷺ **(أن يختار منهن أربعًا)**[٧]، وروى أبو وهب[٨] الجيشاني عن الضحاك[٩] بن فيروز[١٠] الديلمي عن أبيه قال: أسلمت وعندي

---

(١) رواها الإمام أحمد في المسند بلفظ «خذ منهن أربعًا»: ٢/٤٤.

(٢) في الأصل: هشام، والتصويب من (ز).

وهو هشيم بن بشير بن القاسم بن دينار السلمي، أبو معاوية الواسطي ثقة، ثبت كثير التدليس والإرسال الخفي، من السابعة، مات سنة: ١٨٨هـ. روى له أصحاب السنن. ينظر: التقريب: ص ٣٦٥.

(٣) في الأصل: ابن، والتصويب من (ز).

(٤) مغيرة بن مقسم الضبي مولاهم أبو هشام الكوفي الأعمى، ثقة متقن إلا أنه كان يدلس ولاسيما عن إبراهيم، من السادسة، مات سنة: ١٣٦هـ على الصحيح، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص ٣٤٥.

(٥) الربيع بن قيس أو قيس بن الربيع، ذكره ابن سعد في الطبقات في ترجمة محمد بن بكار: ٧/٣٤٧.

(٦) قيس بن الحارث بن حذافة الأسدي ـ وقيل الحارث بن قيس. كذا جاء بالتردد، والثاني أشبه؛ لأنه قول الجمهور، وجزم بالأول أحمد بن إبراهيم الدورقي وجماعة، وبالثاني البخاري وابن السكن وغيرهما، وقال ابن حبان: قيس بن الحارث الأسدي، له صحبة، وقال ابن حاتم مثله، قال: أسلمت وعندي ثمان نسوة... الحديث، روى عنه الحميضة الشمرول. انتهى.

طبقات ابن سعد: ٦/٦٠، الإصابة: ٣/٢٣٣.

(٧) رواه الدارقطني في سننه بهذا الإسناد: ٣/٢٧١، وابن سعد في الطبقات: ٦/٦٠.

(٨) أبو وهب الجيشاني المصري قيل اسمه ديلم بن هوشع وقال ابن يونس هو عبيد بن شرحبيل مقبول من الرابعة روى له أبوداود والترمذي وابن ماجه. ينظر: التقريب ص٤٣٢.

(٩) الضحاك بن فيروز الديلمي الفلسطيني، مقبول من الثالثة، روى له أبو داود والترمذي وابن ماجه. ينظر: التقريب: ص ١٥٥.

(١٠) فيروز الديلمي اليماني، صحابي له أحاديث وهو الذي قتل الأسود الذي ادعى النبوة في=

أختان (**فأمرني النبي ﷺ أن أفارق إحديهما**)[1]. وفي رواية (**أمرني أن اختار إحديهما**)[2].

وعن عمرو[3][4] بن أبي[5] سلمة أن الأوزاعي[6] سئل عن مَنْ أسلم وتحته أختان فقال: لولا الحديث الذي جاء فيه لقلتُ: يمسك الأولى[7]، فهذا (فتوى الأئمة)[8]، وَتَرَكَ الرأي بالسنة والأخبار نصوص ولا مطمع للخصوم[9] في تأويلها؛ لأن غاية ما قالوه أن المراد باختيار الأربع ابتداء النكاح، وليس بشيء؛ لأنه قال في رواية: (**امسك منهن أربعًا**)[10] وهذا نص في الإمساك بالنكاح الأول؛ ولأن الإمساك بالعقد إنما يكون بعقدٍ قائمٍ وأمر النبي ﷺ في حديث فيروز الديلمي أن يفارق إحدى الأختين وهو صريح فيما ذهبنا إليه،

= زمن النبي ﷺ، ومات في زمان عثمان، وقيل في زمن معاوية، روى له أصحاب السنن. ينظر: التقريب: ص ٢٧٧.

(١) رواها الترمذي في سننه: ٢/١٩٠ مع تحفة الأحوذي، وقال: حديث حسن غريب، والدارمي في سننه: ٣/٣٧٤.

(٢) رواها الدارقطني في سننه: ٣/٣٧٣.

(٣) في (ز): عمر.

(٤) هو عمرو بن أبي سلمة التنيسي أبو حفص الدمشقي مولى بني هاشم، صدوق له أوهام من كبار العاشرة، مات سنة: ٢١٣هـ. روى له أصحاب السنن. ينظر: التقريب: ص ٢٦٠.

(٥) زيادة من (ز).

(٦) عبد الرحمن بن عمرو بن أبي عمرو الأوزاعي أبو عمرو، الفقيه، ثقة، جليل، من السابعة، مات سنة: ١٥٧هـ. ينظر: التقريب: ص ٢٠٧.

(٧) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٢٧٤.

(٨) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٩) في (ز): للخصم.

(١٠) تقدم تخريجها كما عند أحمد: ٢/٤٤ في المسند.

وكذلك لفظ الاختيار يفيد تفرد المختار بالخيار كما لو قال لامرأته: اختاري، ومثل الخيار في جميع المواضع ولا يتصور هذا في ابتداء النكاح، والسنة معتمدة (في الباب)[١]، وهي مُغنية عن الشروع في القياس ولئن شرعنا في القياس نقول[٢]: الأنكحة وقعت على الصحة والطارئ تحريم البقاء على الجمع، وإذا بطلنا نكاح إحديهما زال الجمع فيبقى نكاح الأخرى صحيحًا على ما كان (من قبل)[٣]، وثبت[٤] للزوج الخيار[٥] في اختيار[٦] إحديهما مثل مَنْ طلق إحدى امرأتيه له الخيار يختار إحديهما ويخلي سبيل الأخرى، كذلك هاهنا، ودليل صحة الأنكحة أن أنكحة الكفار كيف ما عقدوا صحيحة شرعًا بدليل قوله ﷺ: **(وُلدتُ من نكاح ولم أولد من سفاح)**[٧]، ونحن نعلم قطعًا ويقينًا أن أباه صلوات الله عليه لم يعقد على وفاق المشروع[٨]، وقال الله تعالى في سورة تبت ﴿وَٱمْرَأَتُهُۥ حَمَّالَةَ ٱلْحَطَبِ﴾[٩] فسماها[١٠] امرأة له فدل

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): فنقول.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): يثبت.

(٥) الاختيار.

(٦) ليست في (ز).

(٧) رواه البيهقي في سننه: ٧/١٩٠، عن ابن عباس، وسنده ضعيف، ومحمد بن سعد في الطبقات من طريق عائشة، وفيه الواقدي. وينظر: تخريجه في: التلخيص الحبير: ٣/١٧٦، وفي إرواء الغليل: ٦/٣٢٩ ـ ٣٣٤، وقال الألباني في الإرواء: «الحديث من قسم الحسن لغيره عندي» ا. هـ: ٦/٣٣٤.

(٨) في (ز): الشرع.

(٩) سورة المسد، آية: ٤.

(١٠) في (ز): فقد سماها.




على صحة النكاح، ولأنهم أجمعوا أن من تزوّج بأختين معًا فماتت إحداهما ثم أسلم هو والأخرى بقيا على النكاح[(١)]، وكذلك إذا تزوّج بخمسٍ معًا وماتت واحدة منهن ثم أسلم وأسلمن (بقوا على النكاح)[(٢)].

يدل عليه: أنا لو قلنا بفساد أنكحة الكفار أدّى (ذلك إلى أمر)[(٣)] عظيم وهو فساد الأنساب في أولاد الكفار وقد كانت عامة الأنبياء صلوات الله عليهم أولاد الكفار وعلى الخصوص نبينا صلوات الله عليه وكذلك وجوه الصحابة من المهاجرين والأنصار فيؤدّي القول بإبطال أنكحة الكفار إلى فساد أنساب هؤلاء وهذا لا يقوله مسلم، فالشرع جوَّز أنكحتهم إذا عقدوها على تدين منهم، وشرط[(٤)] يعهدونه في ملتهم دفعًا لهذه المفاسد، وأما بيان أن المحرم بعد الإسلام هو البقاء على الجمع ظاهر وكذلك بيان قولنا إن الجمع يزول بتحريم إحدى الأختين أو الخامسة.

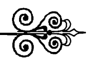
يبينه: أن التفريق ضد الجمع، فإذا جاء التفريق كيف يبقى ضده، فوضحت القاعدة من هذا الوجه وصحت[(٥)].

❁ **أمّا حجّتهم:**

قالوا: المحرم هو الجمع وهو بعد الإسلام جامع يعني[(٦)] بين الأختين

---

(١) لم أجده في مظانه.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): إلى شيء.
(٤) في (ز): وَعَهِدوا بشرط...
(٥) ليست في (ز).
(٦) ليست في (ز).



والخمس؛ لأن الجمع فعل ينطلق على البقاء مثل ما ينطلق على الابتداء مثل اللبس والركوب، والسكنى حتى لو حلف أن لا يركب [٢١٣/ب] ولا يلبس ولا يسكن وهو مباشر هذه الأشياء فإنه يحنث؛ ولأن الجمع فعل حسي يقبل التوقيت وإذا[١] قبل التوقيت بيوم أو بيومين[٢] أو شهر فعلى القطع نعلم أن فعل الجمع يوجد منه في البقاء مثل ما يوجد في الابتداء، وإذا ثبت أنه جامع بين الأختين والخمس بعد الإسلام فيحرم نكاح الكل كما لو جمع ابتداء، وهذا لأن الجمع حصل بالكل على وجهٍ واحدٍ، وحظ كل واحدة[٣] مثل حظ الأخرى، وإذا[٤] استوى الكل في المفسد فسد الكل وهذا بخلاف ما إذا تزوّج بأختين أو الخمس متعاقبًا لأن الجمع حصل بالأخيرة فالفساد يختص بها، ألا ترى بعد[٥] الإسلام لو جمع بين الأختين معا يبطل نكاحهما، ولو تزوّج بإحديهما ثم بأخرى بطل نكاح الثانية، ألا ترى أن السفينة المملؤة إذا طَرَحَ فيها عشرة أمنان حديد فغرقت يكون الضمان عليه خاصة ولو طَرَحَ الكل معًا حتى غرقت وجب الضمان على الكل.

قالوا: وأما صحة نكاحهم فلا ننكر أن أنكحتهم لم تبطل لقصور الخطاب عنهم بإنكارهم البلاغ وعدم ولاية الإلزام لكن إذا وُجد الإسلام وتحقق البلاغ وهو فاعل فعل[٦] الجمع وقد جُعل كالمتجدد ساعة فساعة

(١) في (ز): فإذا.
(٢) في (ز): بأسبوع.
(٣) في (ز): واحدة منه.
(٤) في (ز): فإذا.
(٥) في (ز): من بعد.
(٦) ليست في (ز).

صار[١] بمنزلة ما لو ابتدأ الجمع. وقالوا: على قولنا إنا إذا أبطلنا نكاح إحديهما زال الجمع، (وفي الابتداء أيضًا إذا فسدنا نكاح أحدهما زال الجمع)[٢].

وحرفهم: على هذا أن الجمع بالكل فالفساد (راجع إلى)[٣] الكل، قالوا[٤]: وأما الطلاق إنما أضيف إلى واحدة من النسوة فكيف يعم الكل؟ وفي مسألتنا الجمع محرّم وهو حاصل بالكل، ولأن الزوج بطلاق إحديهما أبهم الطلاق فإذا كان هو المُبهم فالبيان إليه.

يبينه: أنه هو المثبت على الإبهام فيكون إليه بيان ما أثبته وفي مسألتنا سبب الحرمة ما يثبت به فكيف يقدر على التعيين وليس هو بمجملٍ؟ وإذا تحقق العجز عن البيان شاعت الحرمة، ونظيره إذا أعتق أحد عبديه يقال له: بيّن لأنه هو المعتق فإذا مات لا يقال للوارث بيّن ويشيع العتق ويُقسم بين العبدين لأنه لم يكن منه إبهام فلا يطلب التعيين منه، قالوا: وأما إذا فارق إحدى الأختين أو الخامسة ثم أسلم وأسلمن فهناك لم يبق الجمع الحرام بعد الإسلام، حتى يصير كأنه أنشأ إنما بقي الجمع الحلال بعد الإسلام فصار كأنه أنشأ الجمع بعد الإسلام على هذا الوجه فمضى على الصحة قالوا: ونظير ما قلنا كله إذا جمع بين صغيرتين وأرضعتهما امرأة فإن الحرمة تشيع فيهما ولا فرق بينهما؛ لأن الأُختية بين الرضيعتين ثبتت الآن، والحرام هو الجمع بين الأختين، وفي مسألتنا كان الجمع بين الأختين موجودًا ولكن الحرام هو

(١) في (ز): فصار.
(٢) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٣) في (ز): يعم.
(٤) ليست في (ز).

الجمع بين الأختين في الإسلام وقد وُجد الآن ثم هناك شاعت الحرمة، كذلك في مسألتنا وأوردوا هذا الفصل على قولنا: إن الجمع يزول بتحريم إحدى الأختين فإن هذا موجود في الرضعتين ومع ذلك حَرُم كلتاهما وهو إشكاله عظيم في المسألة على ما قرروا.

❁ **الجواب:**

إن قولهم: إن المحرم هو الجمع وهو بعد الإسلام جامع.

قلنا: يمكن أن يقال أن (البقاء على)[1] الشيء[2] غير وفعل الشيء غير، وقد قالوا: مثل هذا في الوطء (فإنهم قالوا)[3]: إن البقاء على الوطء ليس بوطءٍ وهو فعل أيضًا يقبل التوقيت غير أن الأولى أن لا ننازع في هذا، ونقول: ما قلتم، مُسلّم، ولكن الجمع يزول بتحريم إحدى الأختين، وقد حصل أصل الجمع على الصحة فلا سبب في إفساد نكاح الأخرى.

وقوله[4]: إن الجمع حصل بالكل.

قلنا: بلى، ولكن ننظر إلى الواجب فنقول: الواجب إزالة الجمع وقد أزلنا.

وقولهم: إنه يصير كما لو ابتدأ.

قلنا: ولِمَ والبقاء يقطع عن الابتداء في كثير من المواضع وهذا لأن الواجب في الابتداء ترك فعل الجمع وفي البقاء الواجب قطع الجمع، وَمَنْ

(١) في (ز): الفاعل.

(٢) في (ز): للشيء.

(٣) في (ز): ليست في (ز).

(٤) في (ز): قولهم.

نُهي عن فعل شرعي إذا[(١)] أقدم عليه يفسد، وهم يقولون إذا كان في البقاء هو فاعلًا[(٢)] للجمع حقيقة فالواجب عليه أيضًا ترك فعل الجمع مثل الابتداء، ويقال على هذا هو مباشر جمعًا صحيحًا استمر عليه فعلًا[(٣)] وفي الابتداء هو مباشر[(٤)] فعل الجمع لم يكن من قبل.

ثم الجواب المعتمد: أن في الابتداء ليس إحدى الأختين بإبطال نكاحها بأولى من الأخرى، وإثبات النكاح ابتداءً في إحدى الأختين والتخير[(٥)] لم يرد به الشرع في موضعٍ مَّا حتى يثبت هذا على مثاله، ألا ترى أنه [٢١٤/أ] لو تزوج إحدى الأختين ليتخير لم يجز. وأما هاهنا قطع[(٦)] النكاح عن إحدى المرأتين والتخيير وَرَدَ به الشرع، ألا ترى أنه لو طلق إحدى امرأتيه ليتخير جاز.

والحرف: أن هناك لم يمكن تصحيح نكاح إحدى الأختين ابتداءً وإثبات الخيار له، كما لو تزوج ابتداء وفي مسألتنا يمكن تحريم إحدى الأختين وإثبات الخيار له، كما لو طلق ابتداءً وليس ما تعلقوا به إلا اعتبار محلٍ بمحلٍ في حكم، فإذا فرق بالحكم الشرعي وقع الفرق، والذي قالوه: إن الطلاق في أحدهما والجمع (في الكل قد أجبنا)[(٧)]، وعلى أن قوله «طلّقتُ إحديكما»

---

(١) في (ز): فإذا.
(٢) في (ز): فاعل.
(٣) في (ز): فعله.
(٤) في (ز): منشئ.
(٥) في (ز): التخيير.
(٦) في (ز): فقطع.
(٧) في (ز): بالكل أجبنا عنه.

عام فيهما وحظ كل واحدة من هذه اللفظة مثل حظ الأخرى.

وقوله[١]: هو المجمل في الطلاق.

قلنا: وفي مسألتنا الشرع مجمل، لكن في رفع نكاحٍ صح من قِبله ولو رَفَعَ هو نكاح إحدى الأختين أعني قبل الإسلام استغنى عن رفع الشرع فالشرع في رفع نكاح إحدى الأختين كالنائب من قِبلِه فصح من هذا الوجه[٢] وَجُعِلَ البيان إليه.

وأما فصل الرضيعتين فهو في نهاية الإشكال وغاية ما يمكن أن يقال في الجواب عنه: أن الجمع بين الأختين ابتداء حصل عند الرضاع فهو كما لو تزوّجها ابتداءً، ويجعل هكذا فيما يعود إلى الجمع بين الأختين، لأن التحريم يثبت بنوع شبهةٍ، والشبهة في مسألتنا الجمع بين الأختين[٣] وكان موجودًا فلم يشبه الابتداء، وقولهم في الإسلام لم يكن موجودًا.

قلنا: خطاب التحريم بفعل الجمع بين الأختين قائم[٤] فيعتبر فعل ما وَرَدَ به التحريم وأن شَرَطَ في ثبوته الإسلام لنوع معنىً وَفِعْلُ ما وَرَدَ به خطاب التحريم قد وجد من قبلُ وإن تأخر ظهور العمل لعدم الإسلام فلم يشبه البقاءُ الابتداءَ[٥] وفي مسألة الرضيعتين فعل ما وَرَدَ به خطاب التحريم وُجد[٦] عند

---

(١) في (ز): وقولهم.

(٢) ليست في (ز).

(٣) ليست في (ز).

(٤) زيادة من (ز).

(٥) في (ز): للابتداء.

(٦) في (ز): لم يوجد إلا عند.

الرضاع فلم[1] يكن موجودًا من قبل فأشبه الابتداء، وقد بينا الفرق بين الابتداء والبقاء، هذا[2] غاية الإمكان. والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

إذا ارتد أحد الزوجين المسلمين أو أسلم الزوجين الكافرين ولم يكن في صورة يمكن تقريرهما على النكاح ينظر إن كان العارض قبل الدخول تتجزت الفرقة وإن كان بعد الدخول وقفت على انقضاء الأقراء المعلومة[3].

وعندهم: الردة[4] تُنجز الفرقة سواء كان قبل الدخول أو بعده (وكذا الحكم)[5] إذا ارتد أحدهما، قالوا: ولو ارتدا معًا بقيا على النكاح، فأما[6] إذا أسلم أحد الزوجين يُعرَض الإسلام على الآخر، فإن أبى فرق القاضي بينهما ولا فرق بين ما إذا كان[7] قبل الدخول أو بعد الدخول هذا إذا كان في دار الإسلام أما إذا كان في دار الحرب تقف الفرقة على انقضاء الأقراء[8].

---

(١) في (ز): ولم.
(٢) في (ز): وهذا.
(٣) النكت: ورقة ٢٠٧/ب، الأم: ٣٢٧/٧، روضة الطالبين: ٢٤٢/٧، ٢٤٣، المهذب: ٥٥/٢.
(٤) في (ز): في الردة.
(٥) في (ز): وهذا الحكم فيما.
(٦) ليست في (ز).
(٧) ليست في (ز).
(٨) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣٠٤، ٣١٣، مختصر الطحاوي: ص ١٨١، الجوهرة النيرة: ٢٩/٢، البحر الرائق: ٣٠١٣، المبسوط: ٥٦/٥، رؤوس المسائل: ص ٣٩١.




لنا:

أن الردة بعينها لا تنجز الفرقة والحادث بردة أحد الزوجين ليس إلا اختلاف الدين بالزوجين، وهو لا يوجب تعجيل الفرقة بدليل ما إذا أسلمت المرأة والرجل مشرك، وكما أن الردة تمنع ابتداء النكاح فشرك الزوج يمنع ابتداء النكاح على المسلمة[١]، ولا فرق بوجهٍ ثم المعنى في عدم تعجيل الفرقة: أنه إذا أسلم أحد الزوجين هو أن إسلام الآخر موهوم والنكاح قد اتصل به الدخول، ومتى اتصل الدخول بالنكاح وجد النكاح زمان التدارك في موهوم يحصل به إصلاح النكاح وتقريره فلم يعجل الشرع بإثبات الفرقة وضرب مدة رجاء إصلاح النكاح وإزالة الخلل عنه مثل ما لو طلق بعد الدخول والمدة في الموضعين واحدة وهي مدة الأقراء؛ لأنها في الشرع مدة التدارك، فأما إذا وجد هذا العارض قبل الدخول فهو مؤثر في الفرقة لما بينا إن ردة أحد الزوجين مانع من ابتداء النكاح فَقَطَع البقاء وكذلك إسلام أحد الزوجين في صورة إسلام المرأة وإسلام الزوج والمرأة مشركة فإن السبب خُبثُ أحدهما وطهارة الأخرى ويفوت حقيقة السكن والازدواج في مثل هذا المحل عادة؛ ولأن المسلم يستحق الكرامة بإسلامه فلم يرض الشرع بإثبات عقد[٢] الوصلة بينه وبين خبيث بالشرك فإذا عرف السبب المؤثر في الفرقة وفقد زمان التدارك قبل الدخول تنجزت الفرقة ولم يكن لانتظار عارضٍ معنىً.

أمّا حجّتهم:

فإنهم زعموا أن الردة تنافي النكاح وبهذا الطريق أثر في انقطاعه[٣]

(١) في (ز): المسلم.
(٢) في (ز): ليست في (ز).
(٣) في (ز): إسقاطه.

وإزالته وسبب المنافاة: أن النكاح وصلة وعصمة والردة تقطع حبال العصمة وجمع عروق الوصلة[1] فلا يتصور للمرتد [٢١٤/ب] وصلة ولا عصمة، ولهذا المعنى سقطت عصمته عن دينه وماله لهذا أيضا حرم الاستمتاع لا إلى غاية والنكاح معقود للاستمتاع فكل ما ينافي الاستمتاع لا إلى غاية ينافي النكاح وإذا ثبت أنها منافية للنكاح تنجزت الفرقة؛ لأن النكاح لا يبقى مع المنافي وشبهوا هذا بالرضاع وملك أحد الزوجين صاحبه، قالوا: وأما إذا ارتدا جميعًا[2] إنما حكمنا ببقاء النكاح استحسانًا لإجماع الصحابة ﷺ فإن العرب ارتدت في زمان أبي بكر ﷺ وقوتلوا حتى عادوا إلى الإسلام وأقروا على أنكحتهم[3]، ولم يُروَ أن أحدًا من الصحابة ﷺ تكلم في التفريق بينهم وبين نسائهم، وقد كانت الردة وُجِدَت من الرجال والنساء جميعًا ثم عادوا إلى الإسلام بأجمعهم، قالوا: ولا يقال أن ردتهم معًا معًا[4] لا يعرف فكيف يستدل بهذا على بقاء النكاح؟ وذلك لأن الأصل أن كل حادثتين لا نعرف تاريخ ما بينهما في الحدوث يجعل كأنهما وقعتا[5] (دفعة واحدة معًا)[6] معًا كقوم يغرقون أو يحترقون لم يرث بعضهم من بعض، وَجُعِلَ كأن غرقهم وحرقهم كان[7] معًا كذلك هاهنا.

---

(١) في (ز): العصمة.

(٢) زيادة من (ز).

(٣) قال ابن حجر في الدراية في تخريج الهداية (٢/٦٦): «هو مأخوذ بالاستقراء» ا. هـ.
ينظر: الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣١٠ ـ ٣١١.

(٤) ليست في (ز).

(٥) في (ز): وقعا.

(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٧) في (ز): وقعا.

قالوا: وأما إذا أسلم أحد الزوجين فإنما لم يتنجز الفرقة؛ لأنه لم يوجد سبب تنجز الفرقة، فإن العارض هو الإسلام وذلك مؤكد للوصلات مقرر للحقوق فكيف يقطع النكاح؟، وأما كفر الآخر فقد كان موجودًا ولا أثر له في الفرقة وبعد إسلام صاحبه هو ذلك الكفر بعينه وتقريرهما على النكاح متعذر؛ لأن الاستمتاع قد حرم لا إلى غاية فلو، بقي النكاح صارت مظلومة بظلم التعليق ودفع الظلم واجب، ولدفع الظلم طريقان:

أحدهما: موافقة الآخر إياه في الإسلام.

والآخر: التفريق بينهما. فقلنا إن الإمام يعرض الإسلام على صاحبه فإن أسلم حصل المقصود وبقيا على النكاح وإن لم يسلم فرق بينهما لدفع ظلم التعليق عنها، ونظيره إذا كان الزوج مجبوبًا أو عنينًا فإن القاضي يأمره بالطلاق فإن لم يطلق فرق بينهما، قالوا: والفرقة عندنا في الموضعين جميعًا متعلقة بقضاء القاضي بالسبب الذي بيَّنَّا[١]، هذا إذا كانت هذه الحادثة في دار الإسلام؛ (لأن الإمام له ولاية الفرض والتفريق بسببه على من في دار الإسلام)[٢]، فأما إذا كانت هذه الحادثة في دار الحرب فقد تعذر على الإمام ما ذكرناه[٣] وتعجيل الفرقة لا يمكن لما قدمنا فيوقف على وجود ما له أثر في الفرقة شرعًا وذلك مضي الأقراء. وتكلموا على قولنا في الردة «أن معاودة المرتد إلى الإسلام أمر[٤] موهوم» قالوا: بلى، ولكن العارض ينافي للنكاح،

---

(١) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣٠٥.

(٢) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٣) في (ز): ذكرنا.

(٤) ليست في (ز).

والنكاح لا يبقى مع المنافي (ولو ساعة)[١] ، ألا ترى أن الملك لما كان منافيًا للنكاح قَطَعَه في الحال، ولم يُعتبر توهم قطع الملك بإقالةٍ أو عتقٍ وما أشبهه[٢] ، وإن كان ذلك متصورًا.

❁ **الجواب:**

أما دعواهم: «إن الردة منافية للنكاح» ، قلنا: إن ادعيتم أنها تنافي نكاحًا مستقرًا لا يرفع، فهو مسلم، وإن ادعيتم أنها تنافي النكاح في الحال فهل وقع النزاع إلا (في هذا)[٣] ؟ وهذا لأنه لا يمكن بيان المنافاة إلا بمنع ابتداء النكاح فإن نكاح المرتد ابتداءً لا يجوز، وهذا لا يدل على تعجيل الفرقة، ألا ترى أن المرأة إذا أسلمت والزوج مشرك فإنه لا يصح للمشرك نكاح المسلمة بحال ومع ذلك لم يحكم بالمنافاة التي قالوها حتى لا[٤] تتعجل الفرقة وكان المعنى في ذلك ما بيَّنَّا من توهم إسلام صاحبه، ولهذا المعنى عندكم يشتغل بتحصيله والدعاء إليه والطلب منه، وصار حقيقة الكلام أن الآخر إذا أسلم جُعِلَ كأن العارض من اختلاف الدين وكون المسلمة في نكاح مشرك لم يوجد ويصير كأنهما أسلما معًا معًا[٥] وإن لم يسلم ووقعت الفرقة أما عندنا بانقضاء الأقراء[٦] ، وعندكم بتفريق القاضي[٧] ، وجعل في الحكم

---

(١) زيادة من (ز).
(٢) في (ز): ما أشبه ذلك.
(٣) في (ز): فيه.
(٤) في (ز): لم.
(٥) ليست في (ز).
(٦) ينظر: روضة الطالبين: ٧/١٤٢ ـ ١٤٣.
(٧) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣٠٤، البحر الرائق: ٣/٢٣٠.

كأن التفريق حصل عند اختلاف الدين بهما وأعرض عن هذا القدر الذي حكمنا ببقائها في نكاحه فأنا وأن بقيناها في نكاحه كان لطلب المصلحة[1] وإن لم نسلطه على الاستمتاع بها بل فرقنا بينهما فاستقام من الشرع إعراضه عن هذا القدر في مقابلة هذه المصلحة، وهذا[2] هو المعنى السديد والحكمة الشرعية التي يسكن إليها كل مَنْ عرف معاني الفقه وإذا عرف هذا في إسلام أحد الزوجين كان حكم ردة أحد الزوجين بمثابته وعلى [٢١٥/أ] مثاله لا فرق بينهما أصلًا.

وفصل ردة أحد الزوجين داخل على فصل المنافاة ولابد من بيان الفرق ليقع التقصي عن عهده الإلزام.

وأما التعلق بقصة أهل الردة فلا متعلق بها ما لم ينقلوا أنهم ارتدوا معًا معًا، (ولم ينقلوا)[3] أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه أقرهم على النكاح ويجوز أنهم لمَّا لم يرفعوا الحادثة إليه أعرض عنهم إعراضًا واكتفى بعلمهم حكم الله تعالى في الحادثة، وأما التعلق بظلم التعليق، فليس بشيء، لأن الزوج إذا أسلم والمرأة مشركة فهي ظالمة نفسها بترك الإسلام، فأما إذا أسلمت فلا ظلم للزوج[4] عليها وإنما هو ظالم نفسه بشركه ثم الشرع حرّم عليه الاستمتاع منها[5] كرامة لها حتى لا يستفرشها هذا الخبيث فأين الظلم منه حتى يُزال عنه[6]

(١) في (ز): مصلحة.
(٢) في (ز): هذا.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): من الزوج.
(٥) في (ز): بها.
(٦) في (ز): عنها.

(ظلم التعليق)[١]؟.

وقولهم: لابد[٢] من سبب الفرقة.

قلنا: قد وجدنا[٣] وهو اختلاف الدين بين الزوجين على وجهٍ لا يصح ابتداء النكاح معه، والنافي هو الذي يبتدئ به والذي يبتدئ به هو النافي والاختلاف الدين متى منع ابتداء النكاح يكون سببًا ظاهرًا في رفع النكاح[٤]، وأما فصل الازدواج الذي ذكرناه بين الطاهر[٥] والخبيث وأنه[٦] ممتنع كرامة للطاهر منهما تقرير حسن إلا أنهم ربما يوردون عليه حكمنا بفساد النكاح بين الزوجين إذا ارتدا جميعًا وإن كان ازدواج الخبيثة[٧] بالخبيث غير مستنكر في الشرع والجواب عنه ممكن إلا أن الاعتماد على ما سبق تقريره وبيانه، والله أعلم.

❊ (مَسْأَلَة):

إذا سبي الزوجان معًا بطل النكاح بينهما وكذلك إذا سُبي أحدهما بطل النكاح بينهما بالسبي عندنا[٨].

وعندهم: إذا سُبيا جميعًا بقيا على النكاح، وإذا سبي أحدهما بطل

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): إنه لابد.
(٣) في (ز): وجدنا سببًا.
(٤) في (ز): النكاح بينهما.
(٥) في (ز): الطاهرة.
(٦) في (ز): فإنه.
(٧) في (ز): الخبيث.
(٨) النكت: ورقة ٢٠٨/ب، المنهاج مع المغني: ٤/٢٢٩.

بتباين الدارين[1][2]، قالوا: وكذلك إذا دخل أحد الزوجين الحربيين دار الإسلام مسلمًا أو ذميًا يبطل[3] بتباين الدارين[4]، وعندنا تباين الدار بالزوجين لا يُبطل النكاح في موضعٍ مًّا.

❖ **لنا:**

أن السبي وَرَدَ على محل النكاح فأبطله كما لو وَرَدَ على محل ملك اليمين فإنه يبطِلُه كذلك هاهنا.

وبيانه: أنه إذا سُبي مملوك الحربي[5] يبطل ملك الحربي، كذلك إذا سَبَى منكوحة[6] الحربي يبطل نكاح الحربي ونصوّر إذا سُبي المالك والمملوك في ملك اليمين يبطل ملك اليمين[7] للحربي، وكذلك إذا سُبي الناكح والمنكوحة يبطل ملك النكاح[8]، وإنما قلنا: أن السبي ورد على محل النكاح؛ لأن عقد النكاح يقتضي منكوحًا قطعًا والمنكوح هي المرأة كما أن المسبي هي المرأة المنكوحة[9]، ألا ترى أنه يقول: «نكحتُكِ» فيضيف النكاح

---

(١) في (ز): الدار.

(٢) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣١٨ ـ ٣١٩، أحكام القرآن: للجصاص: ٢/١٣٧، فتح القدير: ٤/٤٥٣، مختلف الرواية: ورقة ٨٤/ب.

(٣) في (ز): بطل.

(٤) في (ز): الدار.

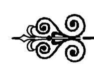
(٥) في (ز): لحربي.

(٦) في (ز): منكوح.

(٧) ليست في (ز).

(٨) في (ز): الناكح.

(٩) ليست في (ز).

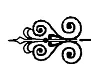
إلى ذاتها مثل ما نضيف البيع إلى ذات المبيع، قال الله تعالى: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذۡنِ أَهۡلِهِنَّ﴾[1] وقال ﷻ: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[2] دل أن المنكوحات[3] ذوات النساء.

والدليل عليه من حيث الحكم: أنه لو أضاف النكاح إلى بُضعها أو إلى منفعة بُضعها لم يجز فثبت بما قلنا[4] أن محل النكاح هي المرأة نفسها، وأما الاستحلال حكم[5] هذا العقد وفائدته؛ لأن العقد يُعقَدُ على هذا المحل لطلب تلك[6] الفائدة شرعًا وعادة فإذا ثبت ما قلنا أن السبي وَرَدَ على محل النكاح أبطله؛ لأنه يصير سببًا لِملك المُتعَة التي استحقها الزوج عليها كالنكاح حين وَرَدَ على هذا المحل صار سببًا لملك المتعة فإذا[7] وَرَدَ السبي عليه صار سببًا لملك المتعة وإذا ملكه السابي أبطل ملك الزوج كما يُبطل ملك اليمين عن المحل وكما يبطل ملك المنفعة عن المنافع إذا كان الحربي آجر نفسه، وهذا لأن السبي أقوى الأسباب في استحقاق المحل الذي لاقاه السبي فيبطل بقُوته كل حق في المحل ليتم الاستحقاق.

يبينه: أنه إذا اشترى زوجته يبطل نكاحه لقوة ملك اليمين وإذا سَبَى زوجة الغير لأن يبطل النكاح والسبي أقوى من الشراء أولى ودليل قوة السبي

---

(١) سورة النساء، آية: ٢٥.
(٢) سورة النساء، آية: ٣.
(٣) في (ز): المنكوح.
(٤) في (ز): قلناه.
(٥) في (ز): فحكم.
(٦) في (ز): تملك.
(٧) في (ز): إذا.




أنه قهر حسّي تأيّد بالشرع وفي سائر الأسباب محض شرع لم يتأيّد لغيره، ويمكن أن يُعبر عما قلناه[١] ، فيقال: النكاح نوع استيلاء على المحل شرعًا[٢] والاستيلاء بالسبي[٣] فوقه في إظهار عمله في المحل فيرفعه[٤] عن المحل بفضل قوته كما لو اشترى زوجة نفسه بطل نكاحه ورَفعَه ملك اليمين العارض بفضل قوته هذا الذي قلناه معتمد المسألة وتحقيقها وسيظهر زيادة ظهور عند إيراد الجواب عن كلماتهم، وأما الدليل على أن تباتن الدار ليس بعامل في قطع النكاح، إن النكاح عقد شرعي[٥] لا يجوز قطعه إلا بعارضٍ مؤثرٍ فتباين الدار ليس له تأثير في قطعه؛ [٢١٥/ب] لأنه ليس فيه إلا تباين البقاع (بين الزوجين)[٦] وتباعد البقاع (بين الشخصين)[٧] يعمل[٨] في المباعدات بين الأجسام الحسيّة، فأما المواصلات الشرعية والمقارنات الحكمية فلا يكون لاختلاف البقاع فيها عمل بحال، ألا ترى أنه يجوز أن يكون بين الزوجين بُعدُ ما بين المشرقين[٩] ، والنكاح قائم وهذا لأن أحكام الشرع في البقاع كلها واحد، لا تختلف بوجهٍ مًّا وكان الناس في استرسالها عليهم على صعيدٍ واحدٍ وقوفًا بقدمٍ واحدٍ[١٠] شملتهم ربقتُها وحبستهم علائقها وعلقتُها، ولأن أحدهما

---

(١) في (ز): قلناه.
(٢) في (ز): يثبت شرعًا.
(٣) في (ز): على المحل بالسبي.
(٤) في (ز): فيدفعه.
(٥) في (ز): شرع.
(٦) في (ز): بالزوجين.
(٧) في (ز): بالشخصين.
(٨) في (ز): إنما يعمل.
(٩) في (ز): المشرق والمغرب.
(١٠) في (ز): واحدة.

إذا كان في دار أهل العدل والأخرى في دار أهل البغي أو أحد الزوجين في دار الإسلام والآخر مستأمَن في دار الحرب، ونصوّر في الزوج المسلم يدخل دار الحرب ويتزوّج بحربية كتابية يصح نكاحه لهذه، ويبقى نكاحه على المسلمة في دار الإسلام فيقال[١] لهم: إن كان هذا الرجل[٢] من أهل دار الحرب فاقطعوا[٣] النكاح بينه وبين زوجته في دار الإسلام لتباين الدار، وإن كان من أهل دار الإسلام فلا تصححوا[٤] بينه وبين التي تزوجها في دار الحرب؛ لأنها من أهل دار الحرب وهو من أهل دار الإسلام ولا يبقى لهم في هذه المسألة متنفس، وفي هذه المسألة أخبار كثيرة ذكرناها في التعليق والمعنى الذي ذكرناه مُغنٍ عن الكُل.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: السبي سبب ملك[٥] الرقبة فلا يبطل النكاح بمنزلة الشراء. وربما يقولون: ملك النكاح ليس بملك مال، فلا يبطل بالسبي كملك القصاص، وصورته ذمي قتل ذميًّا ثم أن القاتل نقض العهد والتحق بدار الحرب وسُبي يبقى القصاص عليه.

يبينه: أن السبي غير موضوع في الشرع لرفع النكاح بدليل وجوده في غير النكاح، وبدليل صحته من غير الناكح وما وُضع لرفع النكاح هو بيد مَنْ

---

(١) في (ز): فنقول.

(٢) في (ز): الرجل المسلم.

(٣) في (ز): فأبطلوا.

(٤) في (ز): فلا تصححوا النكاح.

(٥) في (ز): لملك.




(في يده)[1] عقدة النكاح وليس أيضًا بمنافي النكاح[2]؛ لأنه إمّا أن ينافيه بعينه أو بحكمه وليس في عينه ما ينافي قيام النكاح وحكمُه ملك الرقبة وملك الرقبة لا ينافي ملك النكاح لغير صاحب الرقبة وبدليل أنه يجوز أن يزوّجها ابتداءً من هذا الزوج ولو كان ينافيه لم يجز، ولا يجوز التعليق بحدوث الرق؛ لأنه صورة و[3] الحادث هو الباقي من بعدُ والباقي من بعدُ هو الحادث ابتداءً. ويدل عليه: أن الزوج لو كان مسلمًا أو ذميًّا بقي النكاح ولو كان السبي ينافي النكاح لم يبق النكاح لأن المنافي لا يُفرق فيه بين أن يكون النكاح لمحترم[4] أو غير محترم[5] بدليل المحرمية إذا طرأت أبطلت النكاح ولا فرق بين أن يصادف نكاحًا محترمًا أو غير محترم.

وأما تحقيقهم هو: أن السبي لم يرد على محل النكاح وذلك لأن محل النكاح ما يُستحق بالنكاح وذلك منافع البضع أو ملك المتعة ولا يتصور وَرُوَدَ السبي عليه، وإنما محل ورود السبي عليه هو الرقبة، والرقبة محل ملك اليمين لا محل ملك النكاح قطعًا.

قالوا: ومعنى قول القائل: «أن المرأة منكوحة فَلَان» هو لاستحقاقه[6] عليها ملك المتعة وكذلك إضافة النكاح إلى ذاتها؛ لأنه عند عقد استحقاق

---

(١) في (ز): بيده.

(٢) في (ز): للنكاح.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): المحترم.

(٥) في (ز): المحترم.

(٦) في (ز): استحقاقه.

المتعة مثل[١] إضافة الإجارة إلى ذات الدار وذات العبد عند[٢] استحقاق المنفعة، وإذا ثبت ما قلناه فصار محل[٣] السبي هو ملك الرقبة ثم يملك[٤] المتعة تبعًا لملك الرقبة فلا يبطل به ملك الزوج؛ لأنه ملك المتعة مقصودًا بعقد شرع له فلا يبطل بتابعٍ غير مقصود، وهذا لأن السبي إنما يبطل بما هو أقوى منه، ولا يبطل بما هو دونه، ولأن المقصود ثابت بنفسه فيكون ثابتًا من كل وجهٍ والتبع قائم لغيره[٥] فيكون ثابتًا من وجهٍ دون وجهٍ. واستدلوا في أن المتعة تملك تبعًا لملك الرقبة، قالوا: لأن السبي لو كان يثبتُ ملك المتعة مقصودا لاعتبر فيه الشرائط التي تعتبر في عقد النكاح من الولي والشهود، وفقد العدة وغير ذلك؛ لأن هذه الشرائط اعتبرت لإظهار خطر البضع فكل سبب يملك به الاستمتاع بالبضع مقصودًا يجب اعتبار هذه الشرائط فيه لإظهار خطره، وينبغي أن يستفيد التصرفات المستفادة بالنكاح من الظهار والطلاق والإيلاء وغيرها، وينبغي أن لا يملك نقله إلى غيره؛ لأنه حكم ملك المتعة إذا ملك مقصودًا وإذا ثبت[٦] التبعية جاء ما قلنا[٧] من قبل[٨]، ولأن الحكم [٢١٦/أ] يتعدي من الرقبة إلى البضع إذا كان خاليًا عن حق الغير، فأما إذا كان مشغولًا بحق الغير فلا؛ لأن حق الغير يدفع التعدي لأنه ليس التعدي إلى

---

(١) في (ز): وهو مثل.
(٢) في (ز): وهو عقد.
(٣) في (ز): عمل.
(٤) في (ز): ملك.
(٥) في (ز): بغير.
(٦) في (ز): ثبتت.
(٧) في (ز): قلناه.
(٨) ليست في (ز).

بضع الغير من ضرورة ملك الرقبة وإذا لم يكن من ضرورته يدفعه أدنى دافعٍ فاشتغال المحل بحق الغير يكفي دافعًا له كما في الشراء سواء.

قالوا: ولا يجوز أن يقال أن حق الحربي غير محترمٍ فلا يمنع التعدي لأنه محترم من وجهٍ من حيث تصحيح الشرع إياه، ولأنه وإن لم يكن محترمًا لكن لا يجوز إبطاله إلا بسببٍ مؤثرٍ في إبطاله ولم يُوجد، وقد بيَّنَّا أن حقه مقصود وحق السابي تبع فهو وإن لم يكن محترمًا (إلا أنه)[1] ترجح على حق السابي بجهة الإصالة فليس[2] كل ما (لم يكن)[3] محترمًا لا يثبت، بل هو ثابت ما لم يُوجد ما يُبطله ثم نقضوا بما لو اشترى جارية ولها زوج حربي فإنه لا يبطل نكاحه وإن كان غير محترم.

قالوا: وليس يلزم على ما قلنا الدَّين على الحر الحربي حيث يسقط بالسبي لأن سقوطه إنما كان لأنه لا يمكن إيفاؤه وإذا تعذر الإيفاء لابد[4] له من السقوط، وإنما قلنا ذلك لأن الدَّين على الحر الحربي في ذمته وكذلك على[5] كل حُر ومعنى الذمة نفسه من حيث أنه آدمي والدين على العبد يكون في رقبته ومعنى ذلك نفسه من حيث أنه مال فإذا سُبي لم يمكن إبقاؤه في ذمته لأنه دين ثابت في حق السيد ومحله من العبد الرقبة فلا يجوز تغيير المحال وإبطال وضع الشرع فيها ولا يمكن نقله إلى الرقبة؛ لأن السابي مَلَكَ

---

(١) في (ز): لكنه.

(٢) في (ز): وليس.

(٣) في (ز): هو ليس.

(٤) في (ز): فلا بد.

(٥) ليست في (ز).

الرقبة فارغةً خاليةً عن الحقوق ولا يجوز أن يشغل بالدين لأن فيه إبطال حقه وإضرار به فسقط ضرورة حتى نقول لو كان المسبي عبدًا عليه دين يبقى الدين في رقبته كما كان، وهذا[1] نظير مسألتنا؛ لأن ملك الرقبة مشغولة بالدين فبقي الشغل كما كان كذلك في مسألتنا ملك الرقبة بالسبي مشغولة البضع بالنكاح فبقي على ما كان، وهذا لأنه يملك ما يجده على ما يجده.

قالوا: وليس كالإجارة حيث يبطل بالسبي وصورته الحربي إذا آجر نفسَه ثم سُبي فإنه في هذه المسألة يبطل العقد بالعجز عن التسليم؛ لأنه بعد السبي لا يقدر على تسليم نفسه، قالوا: ولأن عندنا تنعقد الإجارة جزءًا فجزءًا فلو بقي عقد الإجارة يؤدّي إلى انعقاد العقد على ملك السابي ابتداء بغير رضاه وهذا لا يجوز بخلاف مسألتنا. وفسروا[2] فصل القصاص وقالوا: السبي في (المواضع وُضع)[3] لملك الأموال، ألا ترى أنه إذا صادف مالًا يعمل[4] وإذا صادف غير مال جعله مالًا وملك النكاح مثل ملك القصاص في أنه ليس بمالٍ فلم يجز استحقاقه بالسبي فإذا لم يستحق لم يبطل ملك الزوج.

قالوا: وأما[5] إذا سُبي أحدهما فتبايُن الدار يُبطل النكاح؛ لأن أهل دار الحرب بمنزلة الأموات في حقنا، وأهل دار الإسلام أحياء بدليل الآيات الواردة في هذا، ولأنه لا حرمة لهم ولا عصمة فأُلحقوا بالأموال[6] والبهائم

(١) في (ز): وهو.
(٢) في (ز): وقرروا.
(٣) في (ز): الوضع.
(٤) في (ز): نقله.
(٥) في (ز): فأما.
(٦) في (ز): بالأموات.

في حقنا، ولهذا مُلكوا مثل ما تُملك الأموال والجمادات وإذا كان كذلك فصار هذا معنىً منافيًا بقاء[1] النكاح[2]، ولهذا المعنى امتنع التوارث بين أهل الذِّمَّة وأهل الحرب.

قالوا: وأهل الذِّمَّة قد أخذوا حكم الأحياء بالتزام أحكام المسلمين، وأما المستأمِن إلى دارنا خلَّف[3] زوجته في دار الحرب فهو على حكم أهل دار الحرب فلم يوجد تباين الدار، وأوردوا بطريق الإلزام العبد إذا خرج مراغمًا لسيده حيث يعتق، والسبب انقطاع العصمة والحرمة بتباين الدار.

قالوا: والدليل على أن وقوع الفرقة بتباين الدارين[4] أنه إذا سُبي الزوج وقعت الفرقة بينه وبين امرأته ولا يعرف في هذه الصورة سبب[5] سوى تباين الدارين[6]؛ لأن[7] السبي لا ينافي مالكية النكاح في جانب الزوج، والمرأة غير مسببة حتى يكون ملك المتعة عليها مبطلًا ملك المتعة على الزوج.

❁ **الجواب:**

أما قولكم: إن السبي سبب ملك[8] الرقبة.

قلنا: هو سبب لملك المتعة وإن شئت قلت: مقصودًا على ما سبق أو

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): للنكاح.
(٣) في (ز): إذا خلف.
(٤) في (ز): الدار.
(٥) زيادة من (ز).
(٦) في (ز): الدار.
(٧) في (ز): فإن.
(٨) في (ز): لملك.

بواسطة ملك الرقبة كالشراء عندهم سبب العتق بواسطة ملك الرقبة.

وقولهم: ملك النكاح ليس بمال[(١)].

قلنا: هو مال[(٢)] متقوم يُملك بسبب شرعي فإذا جاز أن يُملك بسببٍ مَّا شرعًا جاز أن يُملكَ بالسبي؛ لأنه أقوى الأسباب واختصاص السبي بملك ما هو مال دعوى [٢١٦/ب] بلا دليل، وأما التقسيم الذي قالوا: قلنا: هذا تقسيم غير مسموع بعد أن بيَّنَّا أنه سبب مؤثر في إزالة ملك النكاح، وعلى أنه يدخل ملك الدَّين على ما قالوه؛ لأن السبي غير موضوع لإسقاط الدَّين ولا هو منافٍ له، ومع ذلك يسقط[(٣)] لتضمنه ما يؤثر في الإسقاط، كذلك يبطل ملك النكاح بالسبي لتضمنه ما يؤثر في إبطاله.

وأما قولهم: إن السبي لا يرد إلا على الرقبة ولا يتصور وروده على المستحق في النكاح.

قلنا: هو وارد على محل النكاح كما بينا إلا أن محل النكاح لا يكون إلا المنكوحة.

وأما قولهم: إن المستحق بالنكاح هو المنفعة[(٤)].

قلنا: العبرة بالدليل وقد أقمنا الدليل على أن محل النكاح هي المرأة وقام الدليل أيضًا على أن المستحق بالنكاح هو المنفعة[(٥)]؛ لأن الحرية تأبى

---

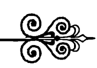
(١) في (ز): بملك.
(٢) في (ز): ملك.
(٣) في (ز): يسقطه.
(٤) في (ز): المتعة.
(٥) في (ز): المتعة.

استحقاق النفس وهو معقود لقضاء الشهوة وطلب النسل فلابد من استحقاق الاستمتاع.

ويدل عليه: أن السكن مقصود وذلك بذات المرأة وقضاء الشهوة مقصود وذلك بمنافع بضعها علمنا[1] أن المعقود عليه ذاتها حصل مقصود السكن، ولما[2] أن قضاء الشهوة وطلب النسل مقصود حصل استحقاق المتعة وإذا استقر هذا الأصل الذي ادّعيناه أن محل النكاح والسبي واحد سهل الجواب عن باقي كلماتهم؛ لأن باقي كلماتهم راجع إلى أن الرقبة تملك بالسبي مقصودًا والاستمتاع يثبت تبعًا وعلى الطريق الذي قلناه يملك مقصودًا كما يملك بالنكاح مقصودًا، وأما اعتبار شرائط النكاح في السبي لا يتصوّر؛ لأنه فعل حسي صحته بوجوده فلا يتصوّر وقوف صحته على شرط وإنما الشروط يمكن اعتبارها في العقود الشرعية وكذلك الأحكام التي قالوها فهي[3] كلها أحكام النكاح ونحن ما ادّعينا وجود نكاح بالسبي إنما ادّعينا أنه[4] ملَك ما يملك بالنكاح بالسبي، وأما فصل ابتداء النكاح بعد السبي فيدخل عليه فصل الدَّين والإجارة؛ ولأن السيد هو المنشئ لعقد النكاح بعد الرق وحقه في الرق لا يمنع عقده، وأما في مسألتنا يجوز أن يقال: ثبوت حقه يدفع حق الزوج لقوته وليحصل له المسبي[5] على الخلوص والصفا مثل ما يسقط الدَّين ويبطل الإجارة بهذا، وأما فصل الشراء فيدخل عليه فصل الدين فإنه لا يسقط

---

(١) في (ز): فكما.
(٢) في (ز): وكما.
(٣) في (ز): هي.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): السبي.

بالشراء ويسقط بالسبي، وكذلك يبطل عقد الإجارة وهو لا يبطل بالشراء وعلى أن ملك المشتري ملك بناء لا ملك ابتداء فينتقل إلى المشتري قدر ما بقي له من الحق، فأما ملك المتعة الذي نقله[1] إلى الزوج قبل الشراء لا يجوز أن يتنقل، وأما ملك السابي (ملك ابتداء)[2] لا ملك بناء فكل حق يجده في المحل ويجوز أن يستحق بسببٍ ما في الشرع يستحقه السابي ليخلص له المحل وهو كما يبطل حق المسبي في نفسه ويبطل حق مالكيته وحُريته، وأما القصاص فهو قبل النفس فليس هو بشيء يستحقه السابي على المسبي حتى يدفع[3] حق صاحب القصاص بخلاف مسألتنا فإن الذي كان للزوج استحقه السابي فدفع حقه.

فإن قالوا: أليس أن الدَّين يسقط وأن لم يستحقه السابي بالسبي؟.

قلنا: إنما يسقط لمعنى آخر وهو أن المستحق بالدَّين إما كسب العبد أو رقبة العبد وهما للسيد استيفاء وانتفاعًا والمستحق بالقصاص دمه وليس للسيد من الوجه الذي قلنا[4]. وأما عذرهم عن الدَّين فأهون وأقرب ما يقال لهم اتركوا الدّين في ذمة العبد وإن ثبت في[5] حق السيد مثل عبد و[6] قيمته ألف درهم وعليه دين (ألفي درهم)[7] فبيع بألف ويقضي بها الدين بقيت الألف

(١) في (ز): نقلناه.
(٢) في (ز): فملك مبتدأ.
(٣) في (ز): يندفع.
(٤) في (ز): قلناه.
(٥) ليست في (ز).
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): ألفان.

الثانية في ذمة العبد، ويقال أيضًا انقلوا الدين إلى رقبة العبد، ولا تبالوا بملك السيد؛ لأن سبب النقل هو ثبوت الدين على العبد وهو متقدم على حق السابي، وأما الكلام في بيان الدارين[1] فاعلم أن ما قالوه في غاية الضعف لأن دعوى الموت في أهل دار الحرب دعوى[2] باطلة حسًّا وشرعًا، أما الحس فلا إشكال، وأما الشرع فلأنه حكم بصحة أنكحتهم وعقودهم وأملاكهم في الشرع وفي هذا ضرورة الحياة والآيات محمولة على المجاز؛ لأنهم لما لم ينتفعوا بحياتهم سُمّوا أمواتًا ودوابًا مثل قوله تعالى: ﴿صُمٌّۢ بُكۡمٌ عُمۡيٞ فَهُمۡ لَا يَرۡجِعُونَ﴾[3] وأما دعوى سقوط العصمة والحرمة فهي بالكفر أليق منها بالبقاء في دار الحرب، و[4] قالوا: لو أسلم أحد الزوجين لم يقع الفرقة حتى يوجد معنىً آخر يؤثر في الفرقة. وفصل التوارث ممنوع [٢١٧/أ]، وإن سُلّم فالنكاح لا يوجد من حرمان الإرث بدليل مختلفي الدين، وأما مسألة العبد إذا خرج مراغمًا لسيده فوقوع العتق بالنص[5] وهو **(أن عبيدًا لأهل الطائف خرجوا إلى النبي - ﷺ - وهو محاصر لهم فقال: هؤلاء عتقاء الله)**[6] وعلى أنه ليس لتباين الدار بل هو لاستيلاء العبد على رقبته واقتهاره عليها مثل إنسان[7]

---

(١) في (ز): الدار.

(٢) ليست في (ز).

(٣) سورة البقرة، آية: ١٨.

(٤) في (ز): وقد.

(٥) فتح القدير: ٤٥٣/٤، الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣١٨.

(٦) رواه أبو داود في سننه: ٥٩/٢، ٦٠ مع المعالم، كتاب الجهاد، والترمذي في سننه: ٣٢٧/٣ مع تحفة الأحوذي، وقال: هذا حديث حسن صحيح غريب، لا نعرفه إلا من هذا الوجه من حديث ربعي عن علي، ورواه البيهقي: ٢٢٩/٩ ـ ٢٣٠.

(٧) في (ز): إنسان آخر.

يستولى عليها ولو فعل هذا في دار الحرب ولم يخرج إلى دار الإسلام يعتق[1] أيضًا، والمسألة التي بيناها وهي المسلم مِنَّا إذا دخل دار الحرب وتزوّج كتابية، وخلف امرأته في دار الإسلام ففي نهاية الإلزام، وكذلك إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب، وليس لهم عنها عذر يُبالى به فتركتُه، والمسألة كانت من المشكلات فذكرناها بزيادة شرح. وأما فصل سبي الزوج نفسه[2] فبطلان النكاح لم يكن بتباين الدار إنما كان لأن الزوج كان مستقلًا بالنكاح والرق ينافي استقلاله بالنكاح، ألا ترى أنه لا يتصوّر بعد الرق وجود نكاح من العبد يستقل به بحال فيبطل لمكان المنافي[3] لا لما قالوه، والله أعلم بالصواب.

※ (مَسْأَلَةٌ):

نكاح الشغار[4] باطل عندنا[5].

وعندهم: جائز[6][7]، ويبطل الشرطُ الذي يعود إلى الشغار.

---

(١) في (ز): لعتق.

(٢) في (ز): مفردًا.

(٣) في (ز): المنافاة.

(٤) الشغار: هو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق. النكت: ورقة ٢٠٤/أ.

(٥) الأم: ٥/١٥٧، النكت: ورقة ٢٠٤/أ، المهذب: ٢/٥٥، روضة الطالبين: ٧/٤١، رؤوس المسائل: ورقة ٤١/ب، شرح النووي على مسلم: ٩/٢٠١.

(٦) في (ز): يجوز النكاح.

(٧) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣٩٥، المبسوط: ٥/١٠٥، فتح القدير: ٣/٣٣٨، مختلف=

❖ **لنا:**

حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه **(نهى عن نكاح الشغار)** واللفظ الذي في الصحيحين **(أنه نهى عن الشغار)** برواية ابن عمر[١] وأبي هريرة[٢] وجابر[٣] وليس الشغار إلا النكاح الذي اختلفنا فيه[٤] بإجماع الفقهاء وقد نهى عنه النبي صلى الله عليه، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه؛ لأن العقود الشرعية إنما تجوز بالشرع فإذا كان العقد[٥] منهيًا عنه لم يكن مشروعًا وإذا لم يكن مشروعًا لم يجز.

ومن حيث[٦] المعنى نقول: شرط الشغار يمنع تمام الإيجاب في البضع للزوج، والنكاح لا ينعقد إلا بإيجابٍ كاملٍ، وإنما قلنا أنه يمنع تمام الإيجاب لأن الذي أوجبه للزوج نكاحًا هو الذي أوجبه للمرأة صداقًا فإن الصورة المختلف فيها هي: أن يقول على أن بضع كل واحدة منهما صداق الأخرى، والإيجاب صداقًا وإن لم يصح به لأن محلية الصداق مفقودة، لكن هذا التشريك في الإيجاب يمنع وجود تمام الإيجاب للزوج، والنكاح يستدعي

= الرواية: ورقة ٨٣/أ، مختصر الطحاوي: ص ١٨١، البدائع: ١٤٣٠/٣، ١٤٣١، رؤوس المسائل: ص ٣٩٢.

(١) ينظر: صحيح البخاري: ١٦٢/٩ مع الفتح رقم (٥١١٢).
وصحيح مسلم: ٢٠٠/٩ مع النووي، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار.

(٢) ينظر: صحيح مسلم: ٢٠٠/٩ مع النووي، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار.

(٣) ينظر: صحيح مسلم: ٢٠١/٠ مع النووي، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار.

(٤) زيادة من (ز).

(٥) زيادة من (ز).

(٦) في (ز): جهة.




صحتُه كمالَ الإيجاب فإذا لم يوجد لا يصح، هذا غاية الإمكان في بيان المعنى المفسد، والتشريك الذي اعتمد عليه الأصحاب لابد أن يفسر بهذا ليتمشى الكلام وإلا فبإطلاقه لا يمكن بناء فساد النكاح عليه، لأنهم يقولون لا تشريك بين الزوج وغيره في المستحق بالنكاح فإن ملك المتعة خالص للزوج ولا شركة للمرأة فيه فإنه جَعَلَ البضع للمرأة صداقًا وملك الصداق ملك عين على طريق ملك اليمين وبملك العين وبملك المتعة لا يقع التشريك بين الزوج وبين غيره، ألا ترى إذا[1] زوَّج أمته من إنسان يجوز فيكون ملك الحِلّ للزوج وملك البضع ملك[2] يمين للسيد بدليل أنها لو وطئت بالشبهة يكون العُقر للسيد وأيضًا فإن رقبة البضع لا تتصوّر صداقًا بحال فقد أضيفت[3] الصداق إلى غير محلها فبطل ولغى وصارت الإضافة كالعدم وبقي الإيجاب والقبول التام في البضع وانعقد بهما النكاح، وهذا الذي ذكروه وأن قوي إيراده على فصل التشريك الذي يقوله الأصحاب لكن ليس يرد على ما قلناه فإنا إنما جعلنا المفسد عدم كمال الإيجاب وهو موجود في الشغار؛ لأنه إذا جعل عين ما أوجبه للزوج صداقًا للمرأة وهو[4] وإن لم يصح في الإيجاب للمرأة صداقا فهو صحيح في منع سلامة البضع للزوج لفقدان الإيجاب على التمام والكمال، فإنه إذا جُعل الشيءُ لشخصٍ في عقدٍ ثم جُعل عينُه لشخصٍ آخر في غير ذلك العقد لم يكمل التجعيل[5] للأول.

---

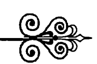
(١) في (ز): أنه إذا.

(٢) في (ز): بملك.

(٣) في (ز): أضيف.

(٤) في (ز): فهو.

(٥) في (ز): الجعل

وأما مسألة تزويج الأمة فليس يرد على هذا ؛ لأن الذي جعله للزوج لم يبقه لنفسه لأنه جعل ملك المتعة للزوج ، وما وراءه[1] بقي له ، وفي مسألتنا جعل ملك المتعة الذي جعله للزوج (صداقًا للمرأة)[2] ، والمسألة محمولة على هذا ، والمفهوم من ظاهر اللفظ ؛ لأن رقبة البضع ليس مما يملك بملك يمين ، حتى يصح جعله صداقًا ، وإنما الإيجاب الذي يصح إيراده على البضع ليس إلا ملك المتعة وقد أورد عليه إيجابًا للزوج وإيجابًا للمرأة فينصرف الإيجابان إلى ما يصلح محلًا للإيجاب. وقد سلك بعض أصحابنا في هذه المسألة طريقًا آخر: وزعم أن الفساد جاء من جانب تعليق العقد بالعقد ، وقال[3]: إن عادة العرب [٢١٧/ب] كانت كذلك لاستنكافهم وأنفتهم من تزويج البنات والأخوات فكانوا يعلّقون نكاح البنت بنكاح البنت ونكاح الأخت بنكاح الأخت دفعًا لهذه الأنفة والعار ، ولو لم تعلق صوّرة لم يجز النكاح أيضًا لأن ذلك كان معلومًا عندهم في مجاري العادات[4] ، وَمَنْ لم[5] يعلم هذه العادة يجوز نكاحه ، وهذا الذي قلناه زعمُ[6] صاحب هذه الطريقة ، وليست بشيء ، لأن فيها أولا رَفعُ الخلاف فإنهم يسلمون أن النكاح المعلّق بالنكاح لا يجوز ، ولأن عندنا نكاح الشغار باطل فلابد أن نبين في شرطه[7] معنى يبطل النكاح ولأن الشافعي نص أنه لو سَمّى لكل واحدة صداقًا صح

(١) في (ز): ما عداه.
(٢) في (ز): صداق المرأة.
(٣) في (ز): وقد قال:
(٤) في (ز): العادة.
(٥) في (ز): لا.
(٦) في (ز): في زعم.
(٧) في (ز): شرط الشغار.

النكاح[١]، وعلى زعم هذا الزاعم ينبغي أن لا يصح والمعتمد ما سبق.

❁ **أمّا حجّتهم:**

قالوا: فساد جاء من جانب المهر فلا يبطل به النكاح كما لو سَمّى خمرًا أو خنزيرًا.

يبينه: أنه لو ترك المهر أصلًا لم يبطل النكاح فكيف يبطل بشرطٍ فاسدٍ فيه مع ذكره وتسميته؟، ودليل أن الفساد جاء من جانب المهر: أن الفساد جاء من قولهما على أن بضع كل واحدة منهما صداق الأخرى، وقال أبو زيد في هذه المسألة[٢]: نكاح بشرطٍ فاسدٍ، فلا يبطل به النكاح بل يبطل الشرط ويصح النكاح، قال[٣]: وإنما قلنا أنه نكاح بشرطٍ فاسدٍ؛ لأن النكاح يتم بقوله: «تزوجتُك»، وبقولها: «زوّجت نفسي»، فصار قولهما على أن بضع هذه صداق هذه وبضع هذه صداق هذه، وهذا شرط فاسد أُدخل[٤] في العقد بعد تمامه، كما لو شرط أن لا مهرَ لها، قال[٥]: وهذا المعنى معقول: وهو أن الشرط الفاسد عمله في إيجاب رفع العقد بعد ثبوته لا في المنع عن[٦] انعقاده على ما بينَّا في البيوع أنها تنعقد مع الفساد ويوجب الملك لكنها توجب الرفع بعد الثبوت، وإذا كان عمل الشرط هو الرفع بعد الثبوت لم يعمل في

---

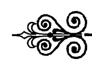
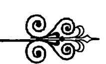
(١) ينظر: مختصر المزني: ٣/٢٩٤ مع الأم.
(٢) ينظر: الأسرار: كتاب النكاح، ص ٣٩٥.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): دخل.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): من.

النكاح؛ لأنه لا يحتمل الرفع بعد ثبوته بسبب شرطٍ فاسدٍ (كالحد لا يحتمل الرد)[١]، وَسَيردُ هذا في مسألة شرط الخيار في النكاح وليس كما لو تزوّج العبد امرأة على رقبته؛ لأن الفساد ثَمّ ليس لعين الشرط بل لحكمه فإن النكاح لو صح وثبت المهر ملكت المرأة زوجها وهذا مفسد للنكاح بعد صحته، لا رافع للعقد فثبت أن عين الشرط لا يفسد النكاح ولا يؤثر فيه ولكن حكمه يؤثر، وفي مسألتنا حكم هذا الشرط غير مؤثر لأنا لسنا نجد مثل هذا الحكم يطرأ على النكاح فيفسده؛ ولأن البضع لا يصلح صداقًا، لأن الصداق لا يكون إلا مالًا والبضع ليس بمال، وإنما ينعقد الشرط بحكمه إذا أضيف إلى محله، وأما إذا أضيف إلى غير محله فيلغو ويبقى العبرة لعينه، وليس في عين الشرط ما يدل على بطلان النكاح، وكذلك المرأة ليست بأهل لملك النكاح فالإضافة إليها تلغو، وأما رقبة العبد مال[٢] تصلح أن تكون مهرًا والمرأة أهل أن تستحقها فجاز أن يعتبر حكمها.

قالوا: وهذا بخلاف ما إذا زوّجت نفسها من رجلين لأن كل واحد منهما أهل للنكاح على هذه المرأة وليس أحدهما بأولى من الآخر والجمع (لا يمكن)[٣] فيبطل كلاهما، وفي مسألتنا الرجل أهل لملك النكاح والمرأة ليست بأهله فوقع النكاح لأهله وبطل الإيجاب للآخر[٤]، ولغا وصار هذا كما لو زوّجت نفسها من مَحرم وأجنبي فقبل الأجنبي صح النكاح ولغا الإيجاب للمحرم.

---

(١) في (ز): كما لا يحتمل الفسخ.
(٢) في (ز): فمال.
(٣) في (ز): غير ممكن.
(٤) في (ز): الآخر.

❁ **الجواب:**

أن هذه الكلمات خارجة على الطريقة التي بيَّنَّاها من قبل، وقد ذكرناها على وجه لا يرد عليها شيء من هذا[١]، وهو ظاهر للمتأمل. والمسألة الأخيرة ممنوعة بل عندنا إذا أوجب للمَحرم والأجنبي فقبل الأجنبي لم يصح النكاح؛ لأن الإيجاب لم يتم، والله أعلم.

❋ **(مَسْألَة):**

نكاح المحرم، وإنكاحه باطل عندنا[٢].

وعندهم: صحيح[٣].

❁ **لنا:**

حديث أبان[٤] عن عثمان رضي الله عنهم أن النبي ﷺ قال: **(لا ينكح المحرم ولا يُنكح)** أخرجه مسلم في الصحيح[٥][٦]، وفي بعض الروايات عن غير

---

(١) في (ز): مما ذكروه.

(٢) الأم: ٧٨/٥، النكت: ورقة ١٠٧/ب، المهذب: ٤٣/٢، حلية العلماء: ٢٥٠/٣، المجموع: ٢٦٢/٧.

(٣) الأسرار: كتاب المناسك: ص ١٧٨، مختصر الطحاوي: ص ٨١، الحجة: ٢٠٩/٢، شرح معاني الآثار: ٣٧٣/٢، البداية مع فتح القدير: ٢٣٤/٣، المبسوط: ١٩١/٤، رؤوس المسائل: ص٣٩٧.

(٤) أبان بن عثمان بن عفان الأموي أبو سعيد، وقيل: أبو عبد الله، مدني، ثقة من الثالثة، مات سنة: ٣٩٧هـ. روى له البخاري في الأدب المفرد، ومسلم وأصحاب السنن. ينظر: التقريب: ص١٨.

(٥) في الأصل: الصحيحين، والتصويب من (ز).

(٦) ينظر: صحيح مسلم: ١٩٣/٩ ـ ١٩٥ مع النووي، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم.

عثمان وهو أنس برواية أبان عنه أن النبي ﷺ قال: **(لا يتزوج المحرم ولا يزوج)**[1] والصحيح هو الأول، وربما يحملون الحديث على الندب والنهي على الإفساد في العقود الشرعية؛ لأنه إذا كان جوازه بالشرع فإذا لم يعقد على مثال الشرع يفوت الجواز.

قالوا: وروى ابن عباس [٢١٨/أ] **(أن النبي ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم)**، وهذا الخبر في الصحيحين[2].

والجواب: أن الروايات في الباب مختلفة، فروايته ابن عباس على ما قلتم برواية حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس[3]، وروى سلام أبو[4] المنذر[5] عن مطر[6] الوراق عن عكرمة عن ابن عباس **(أن النبي ﷺ تزوج بميمونة وهو حلال)**[7]، وكذلك رواه أبو رافع وهو خبر مشهور،

---

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٢٦١/٣، قال الألباني في الإرواء ٢٢٦/٤. صحيح.

(٢) ينظر: صحيح البخاري: ٥٠٩/٧ مع الفتح، كتاب المغازي، باب عمرة القضاء.
صحيح مسلم: ١٩٦/٩ مع النووي، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم.

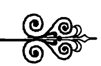
(٣) رواه أبو داود في سننه: ٤٢٣/٢ مع المعالم، كتاب المناسك رقم (١٨٤٤)، والدارقطني بهذا الإسناد في سننه: ٢٦٣/٣.

(٤) في الأصل: ابن و(ز)، والتصويب من سنن الدارقطني.

(٥) سلام أبو المنذر: سلام بن سليمان المزني أبو المنذر القارئ النحو البصري، نزيل الكوفة، صدوق يهم. قرأ على عاصم، من السابعة، مات سنة: ١٧١هـ، روى الترمذي والنسائي ينظر: التقريب: ص ١٤١.

(٦) مطر الوراق هو: مطر بن طهمان الوراق أبو رجاء السلمي مولاهم الخراساني سكن البصرة، صدوق كثير الخطأ وحديثه عن عطاء ضعيف، من السادسة مات سنة: ١٢٥هـ، روى له البخاري تعليقًا، ومسلم وأصحاب السنن. ينظر: التقريب: ص ٣٣٨.

(٧) رواه الدارقطني في سننه: ٢٦٣/٣.




قال أبو رافع: وكنت السفير بينهما[١]، وكذلك رواية ميمونة قال: **(تزوجني رسول الله ﷺ وهو حلال)**، رواه عنها يزيد بن الأصم[٢]، وفي بعض الروايات عن ابن عمر **(أن النبي صلى الله عليه تزوج ميمونة وهو حلال)**[٣]، وهذه الروايات أشبه بالحق؛ لأن الظاهر أن النبي عليه السلام لا يقدم على النكاح وهو محرم، وقد نهى عنه قولًا وأقل أحوال النهي الكراهة فكيف يقدم على عقد مكروه؟.

وحكى بعضهم عن سعيد بن المسيب: أن ابن عباس وُهِم في هذه الرواية ما تزوج رسول الله صلى الله عليه ميمونة إلا وهو حلال[٤]، وعلى أنه يجوز أن يكون النبي عليه السلام مخصوصًا به[٥]، وعندنا على أحد الوجهين يجوز للنبي عليه السلام وأن كان لا يجوز لغيره، فإن قالوا: الأصل ما[٦] جاز لرسول الله جاز للأمة؛ لأنه أُسوة وقدوة للأمة، قلنا: قد كثرت خصائص النبي عليه السلام في النكاح على طريق الكرامة فلا يُلحق به غيره؛ لأنّه يؤدّي إلى وهن الكرامة ثم الدليل على أنه كان مخصوصًا به نهيه عن ذلك قولًا والخبر معتمد. وأما القياس نقول: النكاح داعٍ كامل إلى الوطء فيُمنع منه المُحرم؛ لأن الوطء معصية في حال الإحرام لعينه ودواعي المعاصي محرِّمة لعينه.

---

(١) الدارقطني في سننه: ٣/٢٦٢.

(٢) رواها مسلم في صحيحه: ٩/١٩٦ مع النووي، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم. والدارقطني في سننه: ٣/٢٦٢.

(٣) رواها الدارقطني في سننه: ٣/٢٦١.

(٤) رواها أبو داود في سننه: ٢/٤٢٤ مع المعالم، كتاب المناسك رقم (١٨٤٥).

(٥) في (ز): بذلك.

(٦) في (ز): أنّ ما.

يبينه: وهو[١] أن حق المعصية الاجتناب عنها، ومن الاجتناب عنها اجتناب ما يدعو إليها، ودليل أن النكاح داعٍ كامل: أنه يدعو إلى الوطء طبعًا وشرعًا.

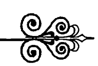
يدل عليه: أنه شُرع سببًا له موصلًا إليه مطلقًا إياه فثبت أنه داعٍ كامل ونتعلق بتحريم القُبلة واللمس، فنقول: هذه الأشياء مقدمات الوطء ويمكن أن يقال: أنها دواعي أيضًا فإذا حرمت المقدمات وسائر الدواعي حرم هذا الداعي أيضًا، ومما يدل على أن سبب الوطء مُلحَق بالوطء في الشرع أنه يُلحَق به في حرمة المصاهرة، ويُلحَق به في تحريم الجمع بين الأختين حتى أنه لا يجوز الجمع بين الأختين لا وطئًا ولا نكاحًا.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: الإحرام عبادة والعبادات لا تمنع الأنكحة، دليله: سائر العبادات.

وأما حرفهم قالوا: لا مانع من هذا العقد وقد صدر العقد[٢] من أهله في محله فجاز مثل ما قَبل الإحرام، وإنما قلنا: أنه لا مانع فإن[٣] المنع لو ثبت لكان يمنع الوطء ومنع الوطء لا يوجب منع العقد بدليل المنع بالحيض والنّفاس والصوم، وهذا لأن الوطء إنما يُمنع منه؛ لأنه استمتاع (وليس في العقد استمتاع، فقولوا: ما ليس باستمتاع لا يحرم بحرمة الاستمتاع مثل الصوم سواء، فأنه حَرُم الوطء فيه؛ لأنه استمتاع)[٤] فلم يحرم العقد الذي ليس فيه

(١) ليست في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): لأنه.
(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).




استمتاع بحرمة الاستمتاع، قالوا: وأما القُبلة واللمس فهو الاستمتاع إلا أنه أدنى من الوطء، وهذا لأن سبب حرمة الاستمتاع ليكون المُحرم أشبه بالمهاجرين إلى الله المخلصين لعبادة الله تعالى، فلا يضم إليه ما هو ليس باستمتاع؛ لأن معناه لا يوجد فيه، قالوا: وأما كونه داعيًا إلى الوطء فلا يجوز أن يحرم بهذا، ألا ترى أن شراء الأَمَةِ يدعو إلى الوطء ولا يحرم بالإحرام، وكذلك الخلوة بالمرأة سبب داعٍ إلى الوطء بدليل أنها يحرم مع الأجنبية ومع ذلك يجوز للمحرم أن يخلو بمنكوحته لأنها في نفسه[1] ليست باستمتاع، كذلك النكاح ليس في نفسه استمتاع فلم يحرم.

قالوا: وأما الطيب فلم يحرم؛ لأنه من دواعي الجماع لكن هو في نفسه نوع ارتفاقٍ واستمتاعٍ وترفهٍ[2]، وأيضًا فإنه يُزيل هيئة المحرمين فإنه ﷺ قال: **(الحاج أشعث أغبر)**[3] وفي رواية: **(الحاج شَعِث تفلٌ)**[4]: يدل عليه: أن شراء الطيب مباح للمحرم وهو ينزل من التطيب منزلة النكاح من الوطء، قالوا: وأما اعتبار السببيّة فلا معنىً له بدليل ما بيّنّا، وهذا لأن تأثير الإحرام، إما في إزالة خوف عن محل[5]، وإما إثبات منع [٢١٨/ب] محلٍ مباحٍ أصله،

---

(١) في (ز): نفسها.

(٢) ليست في (ز).

(٣) رواه الإمام أحمد في مسنده رقم (٨٠٤٧)، وابن حبان في صحيحه بلفظ: (أن الله يباهي بأهل عرفات أهل السماء فيقول لهم: انظروا عبادي جاؤني شعثًا غُبرا)، رقم (٣٨٥٢)، والحاكم في المستدرك، وقال: صحيح على شرطهما، ووافقه الذهبي: ٤٦٥/١.

(٤) رواه الترمذي في سننه: ٨١/٤ مع تحفة الأحوذي، كتاب التفسير.
وابن ماجه في سننه رقم (٢٨٩٦).

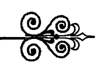
(٥) في (ز): المحل.

والنكاح ليس من هذين (في شيء)[١] إنما هو عقد على نفس المرأة وعلى المرأة فعقدها على نفسها مثل عقد الإنسان على بعيره وشاته وسائر الأشياء المملوكة له، قالوا: وأما فصل حرمة المصاهرة فإنما تعدت حرمة المصاهرة من الوطء إلى سببه؛ لأن تلك الحرمة مبناها على التعدية، ألا ترى أن الحرمة تعدت من الماء إلى اللبن وذلك في الإرضاع فإن الأصل المحرَّم هو البعضيّة، والبعضيّة بالماء ومع ذلك تعدت الحرمة من الماء إلى اللبن؛ لأن اللبن سبب النشؤ والماء سبب الخلق فتعدى حكمُ الماء الذي هو سبب الخلق إلى اللبن الذي هو سبب النشؤ، وأما في مسألتنا فليست حرمة الإحرام على التعدية بدليل أن الصيد يحرُم بالإحرام ثم لو أن سخلةً رُبيت بلبن ظبيةٍ لم تحرم على المحرم ولم يتعد حكم الإحرام من الماء إلى اللبن في هذه الصورة، وتعلّق (بالرجعية في المسألة بعضُهم)[٢]: فإن الرجعة سبب لإباحة الوطء عندكم ومع ذلك جازت من المحرم عندكم[٣]، وكذلك استدامة النكاح في حال الإحرام والمستدام هو المبتدأ والمبتدأ هو المستدام، قالوا: وأما العدة إنما[٤] تمنع النكاح لما بينا أنها حق النكاح و(حق النكاح في النكاح)[٥] ينزل منزلة نفس النكاح على ما سبق بيانه.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: إن الإحرام عبادة، قلنا: نحن لا نجعله مانعًا من النكاح لأنه

(١) في (ز): من البابين.
(٢) في (ز): بعض بالرجعة.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): فإنها.
(٥) زيادة من (ز).




عبادة، وأما الصوم فليس هو سبب لتحريم دواعي الوطء بدليل أنه لا تحرم القُبلة واللمس بشهوة وإنما غاية ما فيه أنه يكره ذلك لأنه لا يأمن على نفسه مواقعة الوطء فإذا لم يكن[1] مقدمات الوطء فكيف تحرم أسبابه ودواعيه؟، والمعنى المفرق بين الصوم والإحرام في هذا وإن كان عين الوطء حرامًا في الموضعين هو أن الصوم يقصر زمانه ولا يطول فلم تقع الحاجة إلى تحريم الدواعي والأسباب لأن الصبر عن الوطء بذلك القدر يسهل على الإنسان، أما مدة الإحرام تطول والصبر عن الوطء يشُق ويصعب فوقعت الحاجة إلى تحريم الدواعي والأسباب ردعًا للنفوس عن تشوقاتها وتطلعاتها وقد قال الحسن البصري: «اقدعوا[2] هذه النفوس فإنها طُلَعة قُبعَةٌ وإلّا تقدَعوها تنزعُ بكم إلى شرغاية»[3] فكان تحريم الدواعي والأسباب مع طول الزمان عايدًا إلى تأكيد هذه الحرمة عند مسيس الحاجة إليه، وأما حرمة وطء الحائض والنفساء مستغنية عن تحريم الدواعي والأسباب لأن بالنفس والطبع[4] نفرةً عن مباشرة الحائض والنفساء، ولأن هناك لم يحرم الوطء لعينه وإنما يحرم لما يؤدّي إليه الوطء من استعمال الأذى على ما وَرَدَ به النص[5]، قال الله تعالى: ﴿قُلۡ هُوَ أَذٗى فَٱعۡتَزِلُواْ ٱلنِّسَآءَ فِي ٱلۡمَحِيضِ﴾[6] وإذا لم يحرم عينه[7] لم

(١) في (ز): تحرم.
(٢) اقدعوا: كُفّوا. ينظر: القاموس مادة (قدع) ٣/٦٧.
(٣) رواه أبو نعيم في الحلية، ولفظه: «اقدعوا النفوس فإنها خليعة وإنكم إن أطعموها تنزل بكم إلى شر غاية»: ٢/١٤٤.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): الكتاب.
(٦) سورة البقرة، آية: ٢٢٢.
(٧) ليست في (ز).




تحرم دواعيه وأسبابه، وأما الذي قالوه من بيان المعنى في تحريم الوطء فلسنا ننكر ذلك المعنى ولكن نقول: إن الاستمتاع وإن فُقِد في نفس النكاح لكنه سببٌ تامٌ وداعٍ كامل إلى الوطء محرم[1] أيضًا على ما سبق.

وأما تعلقهم بشراء الأمة والخلوة بالمنكوحة فنقول شراء الجارية ليس بداعٍ كامل إلى الوطء؛ لأنه[2] غير معقود ولا مشروع للوطء فإن شراء الجارية[3] لطلب المال وهو[4] وضع كل شراء في العالم بخلاف النكاح، وأيضًا فإن الدعاء من حيث الطبع غير كاملٍ أيضًا فإن طلب الشهوة وإن كان يحمله على الوطء فإن شفقته على ماليته[5] يزجره ويكفه عنه خوفًا من العلوق ومع العلوق ذهاب المال، وأما الخلوة فليست أيضًا بداعٍ كامل، لأن الخلوة ليست في وضعها للوطء، ألا ترى أن الخلوة بالمحارم جائزة والوطء حرام، وأما النكاح فهو للوطء وضعًا، وأيضًا فإن الخلوة ليست بسبب للوطء والنكاح سببه، فظهر الفُرْقَان، وأما الخلوة بالأجنبية لنوع كراهية لخوف مواقعةٍ محظورٍ، ويجوز أن يقال أن في مسألتنا أيضًا يكره، وأما شراء الطيب فالجواب عنه مثل الجواب عن شراء الأمة.

وأما قولهم: إن الحرمة بسبب الإحرام ليست على التعدية، فليس كذلك، بدليل أن شراء الصيد لا يجوز لأنه سبب إثبات اليد وإثبات اليد على

---

(١) في (ز): فحرم.

(٢) في (ز): فإنه.

(٣) في (ز): الأمة.

(٤) في (ز): وهذا.

(٥) في (ز): ما له.

الصيد حرام، فحرم سببه وهو مثل مسألتنا سواء وأما الذي قالوا أن تأثير الإحرام في [٢١٩/أ] كذا وكذا فهو كلام ينفردون به وإنما العبرة بتأثير السبب فمتى وُجد السبب المؤثر في تحريم النكاح حرّمه[١] وقد وُجد على ما سبق ويقال لهم: إن الشعور والأظافير محرمة التناول بالإحرام وأين الإباحة الأصلية في هذا الموضع.

وأما قولهم: إن حرمة المصاهرة مبنية على التعدية لأنها تتعدى من الماء إلى اللبن، وقلنا إن كان المعنى هذا فقولوا تتعدى من اللبن الذي هو غذاء في الحولين إلى الطعام الذي هو غذاء بعد الحولين فينبغي إذا اجتمع صبيان على تناول الطعام[٢] بعد الحولين يثبت[٣] بينهما الحرمة؛ لأن ذلك الطعام سبب لنشوهما فينبغي أن تتعدى الحرمة، فليس المعنى ما قالوا إنما هو إثبات نوع كرامة لألبان بنات آدم نصًا غير معقول المعنى، وهذا لا يوجد في ألبان الصيود.

وأما الرجعة فهو استدامة النكاح الأول (وإنما الرجعة)[٤] إزالة الخلل عن النكاح فحسب. ولسنا نقول هو سبب الوطء. وأما السبب هو النكاح السابق وكذلك فصل الاستدامة ولهذا حرم ابتداء التمليك للصيد في حال الإحرام ولو أحرم وفي ملكه صيد لم يبطل ملكه وأن أُمر برفع اليد، كذلك هاهنا لم يبطل النكاح وإن أُمر بالامتناع عن الوطء. والله أعلم.

---

(١) في (ز): حرم.

(٢) في (ز): طعام واحد.

(٣) في (ز): تثبت.

(٤) في (ز): فهي في الحقيقة.

※ (مَسْأَلة):

مذهبنا أنه ينفسخ[١] النكاح بالعيوب وهي العيوب الخمسة المعروفة[٢].

وعندهم: لا يفسخ بالعيب بحال[٣].

❖ لنا:

ما رواه الدارقطني بإسناده في كتاب السنن عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه: (**اجتنبوا في النكاح أربعة: الجنون والجذام والبرص**)[٤] ولم يذكر الرابع وروى أيضًا بطريق سعيد بن المسيب عن عمر ﷺ أنه قال: (**إيماء امرأة غُرّ بها رجل وبها جنون أو جذام أو برص فلها مهرها بما أصاب منها والصداق للرجل على وليّها الذي غَرّه**)[٥]، وفي رواية (**قضى عمر أن يُفرق بينهما**)[٦] وروى عن ابن عباس أنه قال: أربع لا تجوز في بيع ولا نكاح: المجنونة، والمجذوم، والبرصاء والغلفاء)[٧].

---

(١) في (ز): يفسخ.

(٢) ينظر: النكت: ورقة ٢٠٨/ب، رؤوس المسائل: ورقة ٤١/ب، المنهاج مع المغني: ٢٠٢/٣.

(٣) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣٦٣، مختصر الطحاوي: ص ١٨١، المبسوط: ٩٥/٥، الحجة: ٣١٥/٣، فتح القدير: ٣٠٣/٤، بدائع الصنائع: ١٥٣٧/٣.

(٤) ينظر: سنن الدارقطني: ٢٦٦/٣، وفي إسناده الحسن ابن عماره وهومتروك.

(٥) رواه الدارقطني في سننه: ٢٦٧/٣، والبيهقي في سننه ٢١٤/٧ وقال ابن حجر في بلوغ المرام: ورجاله ثقات. ينظر: ص٢١٢.

(٦) رواه الدارقطني في سننه: ٢٦٧/٣، وفي إسناده الحجاج بن أرطاة وهو مدلس وقد عنعن.

(٧) رواه الدارقطني في سننه: ٢٦٧/٣، وما بين القوسين زيادة من (ز)، الغلفاء: يقال غلف غَلَفًا من تَعِب اذا لم يُختن فهو أغلف والأنثى غلفاء. ينظر: المصباح مادة غلف ص ٤٥١.




(وروى عن علي أنه قال:)[1][2] **(فيمن تزوّج بامرأة مجنونة أو برصاء، أو مجذومة، أو بها قَرَنَ، أنه بالخيار إن شاء أمسك، وإن شاء طلق)**[3]، وقد روى الرواة الخبر الذي فيه أن النبي عليه السلم تزوج بامرأة فوجد بها بياضًا فردّها، وقوله **(ردّها)** صريح في الفسخ كما يقال ردّ المبيعَ بالعيب يكون هذا القول صريحًا في الفسخ، فالأخبار والآثار على هذا الوجه في المسألة والكل شاهد لنا.

ومن جهة المعنى نقول: عقد النكاح سبب لإثبات حق في محل بعوضٍ فإطلاقه يقتضي سلامة الحق له. دليله: البيع، ونعني بـ (الحق) حق الاستمتاع، ونعني بـ (المحل) المنافع، وهذا لأن السلامة مقصودة في الحقوق، فإن الإنسان إنما يطلب حقًا يعقد ليَسلَم له، ألا ترى أنه تُطلب السلامة في الحق الثابت بالبيع فكذلك الزوج تُطلب السلامة في الحق الثابت بالنكاح، فإذا لم توجد السلامة ثبت الخيار.

والحرف: أن المطلَقَ من العقود محمول[4] على مقاصد المتعاقدين في

---

(١) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٢) رواه الدارقطني في سننه: ٢٦٧/٣ موقوفًا على علي ﷺ، قال في التعليق على الدار قطني وإسناد هذا الأثر صحيح.

(٣) رواه الإمام أحمد في المسند: ٤٩٣/٣، وابن أبي شيبة في مصنفه: ١٧٦/٤، وسعيد بن منصور في سننه: ٢٠٥/٢، وكل الطرق مدارها على جميل بن زيد عن كعب بن زيد أو زيد بن كعب.
قال ابن حجر في التلخيص: ١٣٩/٣، ١٧٧: «فيه اضطراب كثير على جميل بن زيد راويه وهو ضعيف».
وقال في الإرواء: «هذا حديث ضعيف جدًا»: ٣٢٦/٦.

(٤) في (ز): يحمل.

كل ما جوِّز الشرع قصده وتحصيله، وأما بيان فوات السلامة: أن حق الاستمتاع يفوت بفوات الاستمتاع وفي الرتق[١] والقرن فات الاستمتاع حسًا وفي البرص والجذام والجنون فات الاستمتاع حكمًا؛ لأنه لا يمكنُه الاستيفاء مع هذه العيوب إلا بتحمل مشقة شديدة وهو الصبر عليها مع هذه العيوب والصبر على المرأة والقرار على صحبتها مع هذه العيوب يؤدّي إلى مشقة عظيمة ومكروه شديد وقد جاء الشرع بالفِرار من[٢] هذا العيوب بدليل ما ذكرنا من الأخبار. ويدل عليه: أن النبي ﷺ قال: **(فِرّ من المجذوم فِرارَك من الأسد)**[٣].

ورُوي أن النبي ﷺ أراد أن يبايع إعرابيًا[٤] فرأى بيده جُذامًا فقبض يدَه منه[٥]، وقال: (بايعناك)[٦]، ولأنه ربما يتعدّى[٧] إلى الولد، ولأنه وَرَدَ في الخبر أن النبي ﷺ قال: **(لا تُرضِع وَلَدَكم الحمقاء فإنه يُعدّي)**[٨] فهذه العيوب أولى[٩] ثم يدل على أن الفسخ يجوز في النكاح بالحكم والحقيقة،

---

(١) الرتق: يقال رتقت المرأة فهي رتقاء وهي التي لا خرق لها إلا المبال أو التي لا يستطاع جماعها. ينظر: المصباح مادة رتق ص٢١٨.

(٢) في (ز): عن.

(٣) رواه البخاري في صحيحه: ١٠/١٥٨، رقم (٥٧٠٧) مع الفتح.

(٤) في (ز): إنسانًا.

(٥) ليست في (ز).

(٦) رواه مسلم في صحيحه: ١٤/٢٢٨ مع النووي، كتاب السلام، باب اجتناب المجذوم، ولفظ «كان في وفد ثقيف رجل مجذوم فأرسل إليه النبي ﷺ إنا قد بايعناك فارجع».

(٧) في (ز): تعدى.

(٨) رواه ابن عدي في الكامل: ٥/١٨٠٣ في ترجمة عمرو بن خليف أبو صالح الحتّاوي، وقال: «ولعمرو بن خليف أحاديث غير ما ذكرتُ موضوعات، وكان يتهم بوضعها». ا. هـ.

(٩) في (ز): أولى أن تعدى.

أما الحكم (فالدليل عليه)[1] الفسخ بخيار العتق وخيار عدم البلوغ على أصلهم، وخيار عدم [٢١٩/ب] الكفاءة.

وهذه مسائل معتمدة في قبول النكاح[2] الفسخ، فإن العقد إذا قبل الفسخ بجهة يَقْبَل بكل جهة، ولأن هذا الحق (ثابت بالعقد)[3] وكل حق ثابت بعقد فيجوز إبطال ذلك الحق برفع العقد؛ لأن[4] كل محل يُعقَد عليه شيء يجوز أن يُحَل عنه فإن الأصل أن المحل إذا قَبِلَ خلوه عن (حق وملك)[5] وأثبت ذلك الحق بعقدٍ يجوز أن يُنقض ذلك العقد إخلاءً للمحل عن الحق ليعود إلى ما كان عليه من قبل، بدليل البيع، وأظهر منه السّلم، فإنه إثبات حق في المحل وهو الذِّمة فَقَبلَ الفسخ لأن الذِّمة تقبل خلوها عن الحق وقد ثبت هذا الحق بعقدٍ بعوضٍ فصح أن يفسخ ويُخلى المحل من الحق فيعود المحل إلى ما كان عليه من قبلُ، كذلك هاهنا، وهذا فصل معتمد.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: النكاح لا يقبل الفسخ ولا[6] يجوز رده بالعيب؛ لأن الرد بالعيب لا يتصوّر إلا بالفسخ، قالوا: والدليل على أنه لا يقبل الفسخ أنه لا تصح فيه الإقالة ولو قَبِلَ الفسخ قَبِلَ الإقالة؛ لأن الإقالة عين الفسخ.

---

(١) في (ز): فهو.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): يثبت بالعقد.
(٤) في (ز): فإ،.
(٥) في (ز): عقد ثابت.
(٦) في (ز): فلا.

يبينه: أن الإقالة في العقود هو الحَلّ الذي أشرتُم إليه؛ لأن ما يُعقد عليه من المحالّ يحل عنها العقود المعقودة عليها، وقد حُلّ بالإقالة ولم ينحل. ويدل عليه: أنه لا يقبل شرط الخيار والخيار مشروط للفسخ فإذا قَبِلَ الفسخ وجب أن يكون محلًا لشرط الخيار.

ويدل عليه: أنه لو قال لامرأته: (اختاري) فاختارت لا يكون فسخًا ولو احتمل الفسخ كان فسخًا كأحد المتعاقدين إذا خيّر صاحبَه يكون تمكينًا من الفسخ. وفصل الإقالة الذي بَدَوا به هو أحسن هذه الدلائل وأقواها. وأما من حيث الحقيقة قالوا: ملك النكاح ليس بملكٍ مطلقٍ مثل سائر الأملاك بدليل أنه لا يتصوّر نقله إلى أحد، ولو كان مُلكًا مطلقًا مثل سائر الأملاك لَقَبِلَ النقل وكذلك لا يستحق الزوج عوض البُضع إذا[1] وُطئت المرأة بالشبهة ولو كان الملك[2] مطلقًا لكان العوض له؛ لأن عوض ملك الإنسان يكون للمالك ولأنها حرة والحرية تُنافي الأملاك[3] فإن الله تعالى خلق الحر ليكون مالكًا لا ليكون مملوكًا وإنما ثبت ملك النكاح لضرورة قضاء الشهوة، وبقاء النسل في العالم، فيُجعل عدمًا في كل ما عدا موضع الحاجة ولا حاجة إلى الفسخ؛ لأن غاية ما في الباب أن الحاجة رُبَّما[4] تَمسُ إلى رفع النكاح لوقوع النِّفار والشِّقاق بين الزوجين وعدم الموافقة المطلوبة، وهذا المقصود يحصل بالطلاق فلا معنى لاعتبار هذا الملك في حق الفسخ فبقي على العدم فيما

(١) في (ز): وكذلك إذا.
(٢) في (ز): ملكه.
(٣) في (ز): الملك.
(٤) في (ز): وإنما.

يرجع إليه كما تُرك على العدم فيما يعود إلى النقل وأخذ العوض عن[1] البُضع.

وأما[2] عدد الطلاق فنوع نظر من الشرع للزوج لأنه ربما يُطلق على ظن أن المصلحة فيه ثم يتبين أنه لا مصلحة فيه، فيراجع، وأما الخلع فهو طلاق عندنا[3]، وجواز الاعتياض لنوع حاجةٍ لأنه ربما يحتاج الزوجان إلى المخالعة بأن يكون الشقاق[4] من جانب المرأة ولا يرغب الزوج في طلاقها إلا بمالٍ يأخذه.

قالوا: وأما الإيلاء فهو طلاق عندنا موجّل[5]، وقد كان طلاقًا في الجاهلية فغيّره الشرع بإدخال الأجل فيه وكذلك الظهار كان طلاقًا فخففه الشرع حكمه بإثبات حرمة تنكشف بالكفارة.

قالوا: وعلى أن الإيلاء يمين حقيقة والظهار منكر من القول وزور وواحد منهما ليس له اختصاص بالنكاح غير أن الشرع جعل لكل واحد منهما حكمًا معلومًا إذا وُجد في النكاح، وأما اللعان فهو عقوبة القذف على ما عُرف في مسائل اللعان.

قالوا: ومما يدل على ما قلنا هو: أن الفسخ رفع العقد على وجهٍ لا يبقى له أثر وهذا لا يتصوّر في النكاح، أو هو إعادة ما أثبته لصاحبه بالعقد إلى نفسه بالفسخ وهذا أيضًا لا يتصوّر في النكاح.

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): قالوا: وأما.

(٣) ينظر: المبسوط: ٦/١٧١، رؤوس المسائل: ص ٤٠٤.

(٤) في (ز): النِّفار والشقاق.

(٥) ينظر: المبسوط: ٧/٢٠، رؤوس المسائل: ص ٤٢٣.

قالوا: وأما المسائل التي أوردتم[1] فلا نقول في هذه المسائل أن الموجود فسخ النكاح بل هو رفع العقد وليس بفسخه وبيان هذا في خيار العتق ظاهر؛ لأن ملك الزوج يزداد عليها بالعتق وهو ملك نصف الحِلّ على ما سنبين من بعد فلها أن تدفع هذا الملك باختيار نفسها، وكذلك خيار البلوغ هو رفع العقد أيضًا؛ لأن غير الأب والجد ليس لهما ولاية إلزام العقد فيجعل العقد كالمعدوم في حق اللزوم فيكون اختيار المرأة نفسها دفعًا [٢٢٠/أ] للعقد من وصف اللزوم وكذلك في خيار عدم الكفاءة فإن العقد من المرأة جُعل كالمعدوم فيما يعود إلى حق الأولياء، فإنه ليس لها ولاية التصرف في حقهم بالإسقاط فكان للأولياء حق الدفع مثل عقد يُعقد في حق شخصٍ فيدفعه ويأباه ولا يرضى به ثم إذا ثبت الدفع في هذه الصورة ارتفع العقد بقدر ما كان ثابتًا[2] ضرورة؛ لأنه لا يتصوّر رفع هذه العقود إلا مع ارتفاعها بقدر ما ثبت لكن ضرورة لا بوجه الفسخ، هذا هو الذي قالوه جُهد المقلّ وتنفس المختنق، وربما يقولون النكاح يشبه البيع من وجهٍ؛ لأنه يملك بتملك ويشبه الإسقاط من وجهٍ على معنى أن المرأة تسقط على[3] نفسها وبُضعها بعوض تأخذه مثل الخلع في جانب للزوج فلشبهه بالعقد[4] صح الفسخ بتلك الوجوه ولشبهه بالإسقاطات لا يصح الفسخ بالعيب. تعلقوا بطريقة أخرى في المسألة.

وقالوا: العيب الموجود منفصل على[5] المعقود عليه، فلا يوجب

(١) في (ز): أورد نحوها.
(٢) زيادة من (ز).
(٣) في (ز): عن.
(٤) في (ز): بالبيع.
(٥) في (ز): عن.

الفسخ، وإنما قلنا ذلك لأن المعقود عليه الحِلّ[1] ولا يتصور (العيب فيه)[2] فإن المنفعة لا تتصور[3] أن يكون هو المعقود عليها، فلا يوجب الفسخ بدليل جواز النكاح على الرضيعة ولا منفعة لبضعها، وبدليل أن التأقيت يبطل النكاح ولو كان العقد واردًا على المنفعة لكان التأقيت إعلامًا للمعقود عليه فوجب أن يكون مصححًا للعقد لا مُبطلًا له. وتعلقوا في هذه المسألة بفصل مشكل وهو موت المرأة قبل الدخول فإن الأمة أجمعت على أن العقد لا ينفسخ بل يستقر حتى يجب جميع الصداق ولو كان تعذر الاستمتاع يثبت حق الفسخ فكان فواته أصلًا قبل الاستيفاء يوجب انفساخ العقد كما لو هَلَكَ المبيع قبل القبض.

ويدل عليه: أنه لو أَبَقَتْ المرأة فإنه تعذر[4] الاستيفاء بإباقها ومع ذلك لا يثبت حق الفسخ وأيّ فرق بين تعذره بالإباق وتعذره بالبرص والجنون الذي قلتم بل التعذر هاهنا أكثر، وهو معلوم لا يحتاج إلى شرح[5] وبيان، هذا[6] جملة كلامهم في هذه المسألة، وقد تعلق عامة مشايخهم بسائر العيوب وصوّروا صُوَّرًا توجب تعذر الاستمتاع على ما عرف.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: إن النكاح لا يقبل الفسخ وقد[7] بينا أنه يقبله، وأما فصل الإقالة والخُلع عندنا في النكاح هما بمنزلة الإقالة في البيع فإن لم يقبله بعينه

(١) في (ز): هو الحل.
(٢) في (ز): به العبيب.
(٣) في (ز): لا يجوز.
(٤) في (ز): قد تعذر.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): وخرج على هذا.
(٧) في (ز): فقد.

فقد قَبِلَ ما يقوم مقامه، وعلى أنه إنما لا يقبله فإن الإقالة تشبه البيع، ألا ترى أن عندكم هي بيع جديد في حق غير المتعاقدين، وعلى أصلنا هي بيع جديد في أحد طريقي المذهب، ومن حيث الحقيقة نعلم أنها تشبه البيع؛ لأنها معنى يتضمن نقل الملك في المبيع إلى البائع لتراضي المتعاقدين مثل ما ينقله إلى غيره وإذا أخذ شبه البيع لم يجز في النكاح بخلاف الفسخ بالعيب، وغيره لا[1] يشبه البيع بوجهٍ ما، وأما شرط الخيار إنما لم يجز في النكاح؛ لأنه ينافي مقتضاه وهو إيصال الحِلّ بعقد النكاح، فأشبه عقد المتعة لما كان ينافي مقتضى النكاح، وهو التأبيد فإنه أوجب قصرُ النكاح على الزمان المذكور ففسد[2] النكاح وإذا كان شرطًا فاسدًا من هذا الوجه أفسد النكاح لأنه لما شَرَطَه[3] فيه فقد جعله وصفًا له وحقًا فيه، (ألا ترى أنه لو صح شرط الخيار كان وصفًا له وحقًا فيه)[4] وهو شرط فاسد فمتى فسد النكاح بوصفه فسد بأصله هذا هو الدليل على أن شرط الخيار يفسد النكاح خلافًا لهم، وأما مسألة المُخَيَّرة فإنما لم نجعله فسخًا لأن السلف من الصحابة والتابعين أجمعوا على أن هذا من كنايات الطلاق، وفيه خلاف منقول معروف في الكتب، أعني كم يقع به الطلاق، وأنها تكون رجعيًا أو بائنًا، وهذا الخلاف مع اتفاقهم أن الواقع به طلاق[5].

وأما الذي قالوا: إن ملك النكاح ليس بملكٍ مطلق، ليس كذلك، بل

---

(١) في (ز): ولا.
(٢) في الأصل: فسد والتصويب من (ز).
(٣) في (ز): شرط.
(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٥) ينظر: فتح القدير: ٨٧/٣.

هو ملك مطلق، وعدم قبول النقل إلى غيره إنما كان لأن المقصود فيه يختص بالمتعاقدين من الوصلة والسكن مثل ملك القصاص لا يقبل النقل إلى غيره؛ لأن المقصود فيه يختص بولي القصاص وهو التشفي؛ ولأنه لا يوجد السكن متى علمت المرأة أنه يملك نقل ملك المتعة إلى غيره. وأما عدم استحقاق عوض البضع إذا وطئت بالشبهة[1] فهو ملك صحيح مطلق، غير أنه يظهر لجواز الاستيفاء والاعتياض بالخلع مثل ملك المنفعة في الإجارة فظهر جواز الاستيفاء والتمليك من العين[2] ولا يظهر في استحقاق عوض المنفعة [٢٢٠/ب] إذا استوفيت بشبهةٍ فعندنا يجب لمالك الدار لا للمستأجر، وعندهم كذلك إذا قضى القاضي بوجوبها.

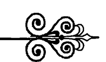
وأما قولهم: إن الحرية تنافي الملك. قلنا: نعم، تنافي[3] ملك اليمين، أما ملك النكاح فلا، ألا ترى أن الرق في الشخص ينافي ملكه ملك اليمين لا ملك النكاح، وذلك في العبد وإن سلمنا أنه ملك ضرورة فيجوز أن يكون كذلك، ويقبل الفسخ. الدليل عليه عقد السّلم: فإنه عقد لضرورة المحاويج ومع ذلك قَبِلَ الفسخ. وبفصل السَّلم يبطل قولهم: إن الفسخ يقتضي إعادة عين ما يثبت لصاحبه بالعقد إليه، ولا يتصور هذا في النكاح فإن هذا يبطل بالسَّلم فإنهما إذا تفاسخا السَّلم يكون فسخه سقوط الدين عن ذمة المسلم إليه، وعود رأس المال إلى رب السَّلم، كذلك الفسخ يكون بسقوط ملك المتعة عن المرأة وعود المهر إلى الزوج (إذا كان قبل الدخول.

(١) في (ز): بشبهةٍ.
(٢) في (ز): الغير.
(٣) ليست في (ز).

وقولهم: إن فسخ العقد هو رفعه من غير أن يبقى له أثر، فهذا يقولونه على أصولهم)[١]، (وإذا جاز)[٢] قبل الدخول لا يبقى للنكاح أثر، فجوِّزوا فسخه في هذه الحالة.

والمسائل التي ألزمناهم من الفسخ بالوجوه التي قلناها في غاية الإلزام، وعذرهم ليس بشيء، فإنه رفع عقد متبرم[٣] صحيح بتلك الأعذار فجوّزوا هاهنا أيضًا فسخ العقد بعذر العيب وإن قلتم ذلك رفع العقد لا فسخه فاجعلوا هاهنا الرد بالعيب رفع العقد لا فسخه على معنى إن في حق[٤] اللزوم يصير كأنه لا نكاحَ فيكون الرد رفعًا للعقد مثل ما قلتم في تلك الصورة، وأما الطريقة الثانية فقد بينا وجه وجود العيب، وسبب الرد، وأما المعقود عليه هو[٥] المنفعة لأنها هي المستحقة والمستوفاة والحِلّ حُكمُ الله كالملك[٦] في البيع ثم المعقود عليه في البيع العين المبيعة لمقصود الملك، كذلك هاهنا المعقود عليه المنفعة لمقصود الحل. وأما مسألة موت المرأة قبل الدخول فيجوز أن نقول بردة المرأة قبل الدخول توجب فسخُ العقد[٧]، وأما تلك المسألة فإنما كان كذلك؛ لأن الموت يُنهى النكاح؛ لأنه عقد وصلة وصحبة لزمان العُمر فإذا انتهى زمان العقد انتهى العقد مثل الإجارة تنتهي مدتها، وإذا

(١) ما بين القوسين زيادة في (ز).
(٢) في (ز): على أن ما.
(٣) في (ز): مبرم.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): فهو.
(٦) في (ز): مثل البيع.
(٧) في (ز): النكاح.




(انتهى استقر مثل الإجارة)[1] التي بيناها، والصوم إذا انتهى بدخول الليل، والشيء إذا انتهى لا ينفسخ بالانتهاء ولا يتصور فسخه من بعد. وأما إذا أَبَقَتْ المرأة فبالإباق لا يفوت إلا اليد ولا ملك لليد[2] في النكاح، وأما في البيع فملك اليد ثابت فإذا فات بالإباق جاز الفسخ، وأما التعلق بسائر العيوب، فليس بشيء؛ لأنها لا يوجب بقدر[3] الاستمتاع وهي خارجة على ما ذكرنا من التقرير وهذا لأن الشرع أمر بالصبر مع هذه العيوب وحسن الصحبة ولم يُطلق الفرار (بخلاف مسألتنا)[4].

وأما ما تعلق به الأصحاب من الجَبّ والعُنَّةِ في جانب الزوج فهو إلزام حسن في أصل ثبوت الخيار وإن كانوا لا يعترفون بالفسخ بواحدٍ منهما وعذرهم عنه في غاية الضعف وهو ظاهر (عند المتأمل)[5]. والله أعلم.

※ (مَسْألَة):

إذا أعتقت الأمة[6] وهي تحت حر لم يكن لها الخيار عندنا[7].

وعندهم: لها الخيار[8].

(١) في (ز): انتهت استقرت الإجارة.
(٢) في (ز): يدٍ.
(٣) في (ز): بعذر.
(٤) في (ز): أما في مسألتنا بخلافه.
(٥) في (ز): للمتأمل.
(٦) في (ز): المرأة.
(٧) الأم: ١٢٢/٥، النكت: ورقة ٢٠٩/أ، المهذب: ٥١/٢، روضة الطالبين: ١٩٢/٧.
(٨) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣٥٧، المبسوط: ٩٩/٥، بدائع الصنائع: ١٥٣٩/٣.




❖ **لنا:**

حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها **(أن بريرة أعتقت**[1] **وكان زوجها عبدًا فخيرها النبي عليه السلام)** ولو كان حرًا لم يخيرها، وهذا نص، وعائشة رضي الله عنها لا تقطع مثل هذا على[2] النبي عليه السلام إلا بعد سماع، وهذا الخبر خرجه مسلم في الصحيح[3] قالوا: روى إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها **(أن زوج بريرة كان حرًا)**[4] فخيرها النبي عليه السلام، قلنا: هذا رواه أبو معشر[5] ومنصور[6] عن إبراهيم، وروى الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها **(أن زوج بريرة كان مملوكًا)**[7] وهذه الرواية أولى لأنها موافقة لرواية عروة والقاسم بن محمد عن عائشة رضي الله عنها[8]، ولرواية صفية[9] بنت أبي عبيد

---

(١) في (ز): عتقت.

(٢) في (ز): عن.

(٣) ينظر: صحيح مسلم: ١٠/١٤٧ مع النووي، كتاب العتق، باب بيان أن الولاء لمن أعتق، والدارقطني في سننه: ٣/٣٨٩.

(٤) رواه النسائي: ٦/١٣٣. والدارقطني في سننه: ٣/٢٩٠.

(٥) أبو معشر: هو زياد بن كليب الحنظلي الكوفي، ثقة، من السادسة، مات سنة ١١٩ أو ١٢٠هـ، روى له مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي. ينظر: التقريب: ص ١١١. وروايته عند الدارقطني: ٣/٢٩٠.

(٦) منصور بن المعتمر بن عبد الله السَّلمي أبو عثاب الكوفي، ثقة، ثبت وكان لا يدلس من طبقة الأعمش، مات سنة: ١٣٢هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص ٣٤٨. ورواته عند أبي داود في سننه: ٢/٧٦٢ رقم (٢٢٣٥).

(٧) رواها الدراقطني في سننه: ٣/٢٨٩.

(٨) وروايتهم عند مسلم في الصحيح. ينظر: صحيح مسلم: ١٠/١٤٥ ـ ١٤٦ مع النووي.

(٩) صفية بنت أبي عبيد بن مسعود الثقفية زوج ابن عمر، قيل لها إدراك، وأنكره الدارقطني. وقال العجلي: ثقة فهي من الثانية. روى لها البخاري تعليقًا ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه. ينظر: التقريب: ص٤٧٠. =

ولرواية ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم[1]، وقال ابن عباس: **(كان عبدًا اسمه مغيث وكأني أنظر إليه يتبعها في سكك المدينة يبكي)**[2].

وقد دل على هذا قوله عليه السلام: **(إن شئت أقيمي تحت هذا العبد)**[3]، ولستُ أصححُ التأويل الذي أوّله الأصحاب أنه يحتمل أنه كان عبدًا وقت الإعتاق حرًا عند التخيير؛ لأنه لم يُنقَل إعتاق زوج بريرة أصلًا وقد بينا أنه كان عبدًا وقد ثبت في الصحيحين أنه كان عبدًا[4]، وثبت بقوله عليه السلام: **(إن شئت أن تستقري تحت هذا العبد وإن شئت فارقيه** [٢٢١/أ] **ففارقته)**[5] وهذا نص في أن الزوج كان باقيًا على الرق عند التخيير. وأما[6] المعتمد هو ترجيح الروايات التي وردت أن زوجَها كان عبدًا وقد ظهر الترجيح، وأما ما يروون **(أن النبي عليه السلام قال لها ملكت بُضعك فاختاري)**[7].

وقولهم: إنه عليه السلام جعل علة الخيار معنى فيها. قلنا: هذا اللفظ لا يثبت

= وروايتها عند الدارقطني في السنن: ٢٩٣/٣.

(١) رواها عن الدارقطني في السنن: ٢٩٣/٣.

(٢) رواها البخاري في صحيحه: ٤٠٧/٩ مع الفتح رقم (٥٢٨٢).

(٣) رواه الدارقطني في سننه: ٢٨٨/٣ ـ ٢٨٩، قال ابن حجر في الفتح (وهو من رواية أسامة بن زيد عن عبدالرحمن بن القاسم وأسامة فيه مقال) ينظر: ٤١١/٩.

(٤) ينظر: صحيح البخاري: ٤٠٦/٩ مع الفتح رقم (٥٢٨٠).
وصحيح مسلم: ١٤٧/١٠ مع النووي، كتاب الولاء.

(٥) رواها الدارقطني في سننه: ٢٨٨/٣، والبيهقي في سننه ٢٢٠/٧ من طريق أسامة بن زيد ينظر: حاشية ٧ ص ٢٥٥.

(٦) في (ز): وإنما.

(٧) رواه الدارقطني بلفظ «اذهبي فقد عتق معك بضعك» السنن: ٢٩٠/٣، موصولًا لكن التخيير ثابت في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها

ولم يرد في كتاب يُعتمد عليه وعلى أنه يحتمل أن يكون معنى قوله: **(ملكت بُضعك)** أي ثبت لك الخيار فعبَّر عن ثبوت الخيار بملكها بُضعها والمعنى أن النكاح مشتمل على زمان الرق والحرية وهذا مقطوع به. والدليل عليه: أيضًا أنها بعد العتق لو اختارت زوجها لا يحتاج إلى عقدٍ جديدٍ وإذا ثبت ما قلنا[1] فنقول: ليس في عتقها إلا تبدل زمان تناوله النكاح بزمان تناوله النكاح، وهذا لا يوجب الخيار مثل تبدل مرض بصحةٍ أو صحة بمرضٍ أو كفر بإسلامٍ أو جنون بإفاقةٍ أو إفاقة بجنونٍ.

يبينه: أن العتق ما أظهر إلا المساواة بين الزوجين ووجود المساواة بين الزوجين إن لم توجب زيادة وِكَادَة وقرار النكاح فلا توجب تزلزلًا ووهنًا في النكاح.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: من حيث المعنى هو التعلق بما إذا كان الزوج عبدًا (فأعتقت الأمة ثبت لها الخيار بالإجماع لكنا نقول: الخيار إنما ثبت لها لعدم الكفاءة لا لزيادة الحِلّ، كما قالوا)[2].

قالوا: ولا نعرف معنى يوجب ثبوت الخيار سوى ازدياد ملك الزوج عليها فإنه قد ثبت أن ملك الحِلّ على الأمة على النصف مما على الحرة بدليل الأحكام على ما يذكرون في كتاب الطلاق، فإذا أعتقت فقد ازداد ملك الزوج عليها (فإنه قد ثبت أن ملك الحِلّ على الأمة على النصف)[3] وهو

---

(١) في (ز): قلناه.
(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

ثبوت ملك نصف الحِلّ ولم يكن ثابتًا وقد ثبت بعد العتق فلها أن لا يرضى بهذه الزيادة كما لها أن لا ترضى بأصل النكاح إذا زوجت بعد العتاق إلا أنه لا يمكنها أن تدفع هذه الزيادة إلا بفسخ أصل العقد فانفسخ أصل النكاح ضمنًا لدفع هذه الزيادة كأحد الشريكين كاتب نصيبه فللآخر دفعه عن نصيبه لفسخ أصل العقد، كذلك هاهنا. وربما يعتبرون[1] الزيادة بطول مدة الرجعة والمعتمد هو الأول وبعضهم أحال ثبوت الخيار لها على أصل ملكها نفسها ليظهر أثره (لملكها نفسها)[2].

۞ **الجواب:**

أنا لا[3] نسلم زيادة[4] ملك الحِلّ، وعندنا ملك الحِلّ على الأمة مثل ملك الحِلّ على الحرة لا تفاوت بينهما بحال وسنبين من بعد وقد ذكرنا[5] في مسألة طول الحرة وعلى أنه وإن سلم لهم، نسلم مجادلة فهذه الزيادة مستحقة بأصل[6] النكاح، لكن ظهورها عند عتقها بدليل أنها لو اختارت زوجها لا يحتاج إلى عقدٍ جديدٍ، ولو كان الثابت زيادة ملك الحِلّ لم يكن مستحقًا بأصل النكاح لاحتاج إلى عقدٍ جديدٍ مثل إثبات نصف الحِلّ الذي هو المزيد عليه وهذا دليل[7] مقطوع به، وإذا كانت مستحقة بأصل النكاح

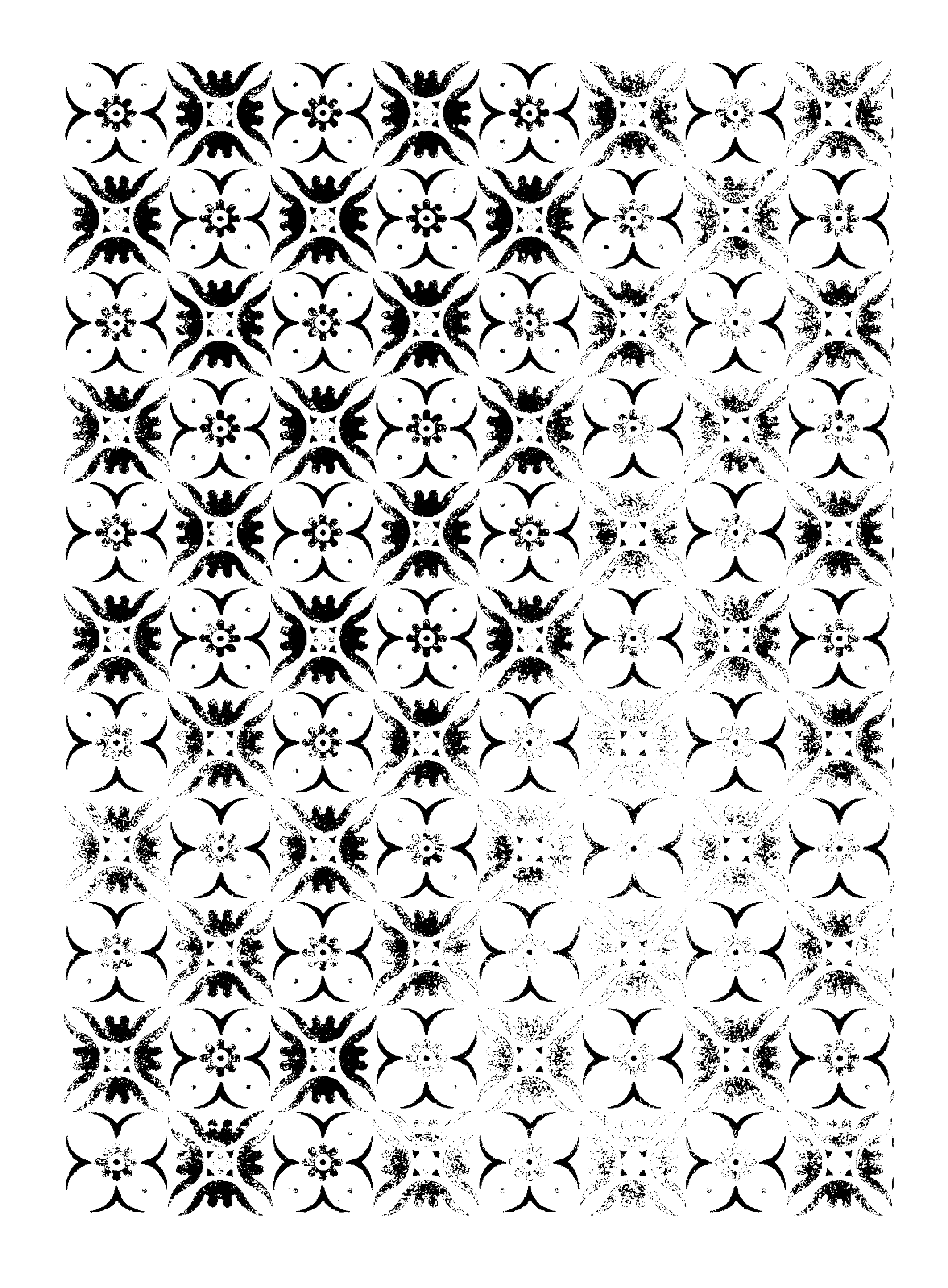
---

(١) في (ز): يفسرون.
(٢) في (ز): أثر ملكها.
(٣) في (ز): أنا لسنا.
(٤) في (ز): ازدياد.
(٥) في (ز): ذكرناه.
(٦) في (ز): بأصل عقد.
(٧) ليست في (ز).

على الوصف الذي قلنا[1] لم يدل ظهورها على ثبوت الخيار مثل مَنْ تزوّج طفلة لا تحتمل الوطء وصارت[2] بحيث تحتمل الوطء لم يثبت لها الخيار، وكذلك إذا تزوّج مريضةً لا تحتمل الوطء ثم صحت واحتملت، وأما الرجعة فليس الموجود إلا طول زمانها بوجوب عدة الحرائر عليها، وطول مدة الرجعة ليس يدل على زيادة ملك؛ لأن قدر الرجعة في الزمانين واحد عندنا، وهو[3] رجعتان، إذ الطلاق عندنا معتبر بالرجال، وأما ملكها نفسها فليس إلا أنها صارت حرة وصرورتها حرة لا يدل على ثبوت خيار؛ لأن الحرية لا تنافي لزوم العقد في الابتداء فطريآنها من أين يجعل اللازم غير اللازم؟ والرضا يعتبر عند العقد وقد وُجد الرضا[4] ممن اعتبر الشرع رضاه[5] فلم يعتبر من بعد كالأب يزوّج الصغيرة ثم تبلغ لم يعتبر وجود الرضا منها ويكتفي بالرضا من الأب في حال صغرها، كذلك هاهنا، والله تعالى أعلم بالصواب، وبه الحول والقوة.

---

(١) في (ز): قلناه.
(٢) في (ز): فصارت.
(٣) في (ز): وهما.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): منه الرضا.





كتابُ الصَّدَاقِ

※ (مَسْأَلة): [١٢١/ب]

الصَّدَاقُ[١] عندنا غير مقدَّر بعشرة دراهم[٢].

وعندهم: مقدَّر بعشرة دراهم أو دينار يساوي عشرة دراهم[٣][٤].

❖ **لنا:**

حديث سهل بن سعد أن النبي ﷺ قال لرجل: **(تزوجها ولو بخاتم من حديد)**[٥] وفي رواية كنا عند النبي ﷺ فجاءت امرأة تعرض نفسها فخفض[٦] البصر ورفعه فلم يُردها فقال رجل من الصحابة[٧]: زوجنيها يا رسول الله، قال: **(هل عندك شيء؟ قال: ما عندي شيء[٨]، قال: ولا خاتم من حديد؟**

---

(١) الصداق: بفتح الصاد وكسرها، يقال: أصدقت المرأة: سميتُ لها صداقًا. تحرير ألفاظ التنبيه: ص ٢٥٦.

(٢) النكت: ورقة ٢٠٩/ب، المهذب: ٥٦/٢، رؤوس المسائل: ورقة ٤٢/أ.

(٣) ليست في (ز).

(٤) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٦٦٥، المبسوط: ٨٠/٥، بدائع الصنائع: ١٤٢٦/٣، رؤوس المسائل: ص ٣٩٩.

(٥) رواه البخاري في صحيحة ٢١٦/٩ مع الفتح باب المهر بالعروض وخاتم من حديد، والدارقطني في سننه: ٢٥٠/٣.

(٦) في (ز): عليه فخفض منها.

(٧) في (ز): من أصحابه.

(٨) ليست في (ز).




قال: ولا (الخاتم من الحديد)[١]، **ولكن أشق بُرْدِي هذا وأعطيها النصف وآخُذ**[٢] **النصف، قال: لا، هل معك من القرآن شيء)**[٣] الخبر، وروى صالح[٤] بن رومان عن أبي الزبير عن جابر أن النبي ﷺ قال: لو أن رجلا تزوج امرأة على ملأ كَفٍّ من الطعام لكان ذلك صداقًا[٥].

وعن جابر أيضًا قال: كنا ننكح على عهد النبي ﷺ على القبضة من الطعام[٦]، وروى برد[٧] بن سنان عن أبي[٨] هارون عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ قال: **(لا يضر أحدكم بقليل ماله تزوج أو بكثيره بعد أن**

---

(١) في (ز): خاتم من حديد.

(٢) في (ز): وأمسك.

(٣) رواه البخاري في صحيحة ١٣١/٩ مع الفتح باب تزويج المعسر، والدارقطني في سننه: ٢٤٧/٣.

(٤) صالح بن مسلم بن رومان، وقد ينسب إلى جده، روى له أبو داود. ينظر: التقريب: ص ١٥٠.

(٥) رواه الدارقطني في سننه: ٢٤٣/٣، ١٩٠، والبيهقي في سننه: ٢٣٨/٧، قال ابن حجر في التلخيص ضعيف وروي موقوفًا وهو أقوى ١٩٠/٣

(٦) رواه الدارقطني في سننه: ٢٤٣/٣، وفي إسناده يعقوب بن عطاء بن أبي رباح المكي ضعفه ابن حجر التقريب ٣٨٧.

(٧) في الأصل: يزيد، والتصويب من (ز)، ومن سنن الدارقطني: ٢٤٤/٣.
برد بن سنان أبو العلاء الدمشقي، نزيل البصرة مولى قريشي، صدوق، رُمي بالقدر من الخامسة، روى له البخاري في الأدب المفرد، وأصحاب السنن. ينظر: التقريب: ص ٤٣.

(٨) في الأصل: أبي، والتصويب من (ز) ومن سنن الدارقطني: ٢٤٤/٣.
وأبو هارون العبدي اسمه: عمارة بن جوين مشهور بكنيته، متروك، ومنهم مَنْ كذبه، شيعي، من الرابعة، مات سنة ١٣٤هـ، روى له البخاري في خلق أفعال العبادة، والترمذي وابن ماجه. ينظر: التقريب: ص ٢٥١.

يشهد)[1] وروى محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: **(انكحوا الأيامى ثلاثًا وأدّوا العلائق بينهم، قيل: ما العلائق بينهم يا رسول الله؟ قال: ما تراضى عليه الأهلون ولو قضيب من أراك)**[2]، وفي الباب إخبار كثيرة اقتصرنا على هذا القدر، وهي نصوص في إسقاط التقدير الذي ذهبوا إليه، وأما الخبر الذي يروون **(لا مهر دون عشرة دراهم)**[3] فرواه مبشر[4] بن عبيد الله عن الحجاج[5] بن أرطاة عن عمرو[6] بن دينار عن عطاء عن جابر، ومبشر بن عبيد الله متروك الحديث بإجماع أهل الحديث[7]، فإن قالوا: أليس رُوي هذه اللفظة عن علي رضي الله عنه أيضًا، قلنا: روى[8] داود[9] الأودي عن الشعبي عن علي رضي الله عنه وأنكر سفيان رواية

---

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٢٤٤، وفي اسناده عبدالله بن سلمة بن أسلم ضعفه الدارقطني....

(٢) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٢٤٤، والبيهقي في سننه: ٧/٢٣٩، وقال البليماني: ضعيف.

(٣) رواه الدارقطني في سننه: ٢/٢٤٥.

(٤) مبشر بن عبيد الحمصي أو حفص، كوفي الأصل، متروك، ورماه أحمد بالوضع من السابعة، له في ابن ماجه حديث واحد في غسل الميت، روى له ابن ماجه. ينظر: التقريب: ص ٣٢٨.

(٥) الحجاج بن أرطاة بن ثور بن هبيرة النخعي، أبو أرطاة، الكوفي القاضي أحد الفقهاء، صدوق، كثير الخطأ والتدليس من السابعة، مات سنة ١٤٥هـ، روى له البخاري في الأدب المفرد، ومسلم وأصحاب السنن. ينظر: التقريب: ص ٦٤.

(٦) عمرو بن دينار المكي أبو محمد الأثرم الحجمي مولاهم، ثقة، ثبت، من الرابعة، مات سنة ١٢٦هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. التقريب: ص ٢٥٩.

(٧) ينظر: سنن الدارقطني: ٣/٢٤٥، سنن البيهقي: ٧/٢٤٠.

(٨) في (ز): رواه.

(٩) داود بن يزيد بن عبد الرحمن الأودي الزعافري أبو يزيد الكوفي الأعرج، عم عبد الله بن إدريس، ضعيف، من السادسة، مات سنة ١٥١هـ، روى له البخاري في الأدب المفرد، والترمذي، وابن ماجه. ينظر: التقريب: ص ٩٧.

داود هذا[1]، ثم هو مرسَل لأن الشعبي لا يصح منه رواية عن علي إنما روى أن له رُؤية، ولم يُسمع منه شيئًا[2]، وروى جعفر بن محمد عن أبيه أن عليًا قال: (**الصداق ما يتراضى به الزوجان**)[3]، وروى عكرمة عن ابن عباس أن عليًا رضي الله عنه قال: (**لا مهر أقل من خمسة دراهم**)[4]، وقد ذكر بعضهم أن خبرنا ناسخ وأخباركم منسوخة، وأراد إثبات تقديم وتأخير بالظن ولا ينبغي أن نَشرَع معهم في الجواب عنه؛ لأن خبرهم لا يثبت أصلًا وما لا ثبات له لا نسخ[5] به.

وأما الكلام من حيث القياس فهو لنا في غاية الظهور والوضوح: لأن المهر مشروع في النكاح ليكون عوضًا والعشرة وما دون العشرة في العوضية واحد فاستويا في صلاحية الصداق وهذا لأن العشرة إنما صلحت عوضًا لأنه مال وما دون العشرة أيضًا مال، فنقول: مال فيصلح صداقًا كالعشرة والتعليل لما دون العشرة، والدليل على أن العبرة بالمال قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾[6] فأضاف الأموال التي هو[7] اسم جمع إلى الجماعة فصار المعنى هو إثبات الابتغاء بالمال لكل واحد من الجماعة وإذا

---

(١) ينظر: سنن الدارقطني: ٣/٢٤٧.
(٢) ينظر: تهذيب التهذيب: ٥/٦٨.
(٣) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٢٤٦، والبيهقي في سننه: ٧/٢٤١.
(٤) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٢٤٦.
(٥) في (ز): ينسخ.
(٦) سورة النساء، آية: ٢٤.
(٧) في (ز): هي.

أصدق ما دون العشرة فقد ابتغى بالمال فحصل به (امتثال بالمال المشروع)[1] فحصل المشروع لأن (من امتثل)[2] المشروع بطريقه لابد من حصول المشروع له[3] وقد تعلّق الأصحاب (في طريقه المضايقة)[4] بما لو أصدقها خمسة دراهم، و[5] قالوا: التسمية صحيحة بدليل ثبوتها وعدم العدول إلى مهر المثل ولو كانت التسمية فاسدة لوجب مهر المثل كما لو سَمّى الخمر والخنزير، فإذا صح المسمى لم يجز الزيادة عليه كسائر المسميات الصحيحة، ولا حاجة بنا إلى العدول إلى مضايقةٍ بعد أن وضح الكلام في نفس المسألة.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: وجوب المهر حق الله تعالى بدليل أنهما لو تراضيا على سقوطه لا يسقط، فعندنا يجب بالعقد[6]، وعندكم يجب بالدخول[7]، وهذا لحقيقةٍ: وهو أن حق الله تعالى متعلق بالأبضاع ولهذا يجب الحد وإن رضيت المرأة بالزنا، ولهذا لا يجري فيه البدل والإباحة، وإذا تعلق حق الله تعالى بالبضع تعلق بالعقد عليه، وإذا تعلق حق الله تعالى بالعقد عليه تعلق [٢٢٢/أ] بالمال الذي شرع فيه، ولأن النكاح لطلب النسل على ما ذكرناه ولله تعالى في النفوس حق الاستعباد.

---

(١) في (ز): بالامتثال للمشروع.
(٢) في (ز): امتثال.
(٣) في (ز): به.
(٤) ليست في (ز).
(٥) ليست في (ز).
(٦) عند الحنفية.
(٧) عند الشافعية.

يبينه: أن في كثرة النسل كثرة عباد الله وفي كثرة عباد الله كثرة عبادة الله ، والعبادة حقه فتعلق حقه أيضًا بتكثيرها وفي النكاح تكثيرها بالطريق الذي بينَّا[١]. وربما يقولون لما تعلق حق الله بالنفوس تعدِّي إلى السبب الذي شُرع ذلك[٢] لتحصيلها فثبت أن حق الله متعلق بالمال المشروع في النكاح لتعلق حقه بالنكاح فإنما يتأدّي بمالٍ مقدرٍ لأن حقوق الله تعالى تكون مقدرة بدليل سائر حقوق الله تعالى.

يبينه: أن المال شُرِعَ في عقد النكاح لأنه وارد على البضع وهو محل محترم ذو شرف وخطر فَشُرِعَ المال (في سببه)[٣] لإظهار خطره وشرفه وذلك لأن ما يوصل إليه بغير شيء يهون عند الناس وما لا يوصل إليه إلا بالمال يَشْرَفُ ويعزّ في القلوب وإذا كان المال شرع لهذا المعنى فلا يظهر شرف المحل وخطره إلا بمال له شرف وخطر وأقله عشرة دراهم[٤]. ألا ترى أنه تُقطع به (اليد في السرقة)[٥] والمحل الذي له خطر لا يُستوفى إلا بمالٍ (له خطر)[٦] ، فأما ما دون العشرة فهو تافهٌ خسيسٌ[٧] حقيرٌ فلا يظهر شرف المحل به ، ولهذا قلنا: لا تُقطع اليد بسرقته. وتعلقوا بالجزية ، وقالوا: المهر مال لم يُجعل أصل إيجابه إلى المتعاقدين فلا يُجعل تقديره إلى المتعاقدين. دليله: الجزية ، وهذا لأنه لما لم يُجعل أصل إيجابه إلى المتعاقدين فكان هذا من

---

(١) في (ز): ذكرناه.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): فيه.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): يد السارق.
(٦) في (ز): خطير.
(٧) ليست في (ز).

الحقوق الواجبة التي يجب على الإنسان الخروج منها لا من الحقوق التي يتصرف فيها بإرادته واختياره، قالوا: وليس يدخل على هذا الوكيل بالبيع حيث يبيع بما عَزّ وَهَانَ عند أبي حنيفة[1] وأن لم يكن أصل إيجاب العوض فيه إليه، حتى لو وَهَبَ لا يجوز، لأن الوكيل نائب عن الموكل، وإنما يبيع بأيّ بدل شاءَ، بحكم تفويض الموكل إليه على العموم فكان الموكِّل هو الفاعل لذلك وقد جعل أصل العوض إليه فكان التقدير إليه بخلاف مسألتنا على ما سبق بيانه، وقررُوا فصل التعلق بالسرقة بأن اليد محل له خطر كالبضع محل له خطر بل خطر البضع أكثر[2] من خطر اليد؛ لأن موجب قطع اليد يسقط بإباحة القطع وموجب الوطء الحرام من الحد لا يسقط بإباحة الحِلّ[3] في المرأة.

قالوا: وأما اختلاف النصاب في السرقة والمهر في مسألتنا على أصلنا من حيث أن تفاهه الجنس وسرعة الفساد يمنع وجوب القطع ولا يمنع صلاحية الصداق فإنما[4] كان الافتراق من حيث أن القطع يندريء بالشبهة (وسرعة فساد)[5] هذه الأشياء لا يخلو عن شبهة كما ذكرنا في تلك المسألة، وأما المهر فليس مما يندريء بالشبهات[6] فاعتبر أصل وجود المال المقدر ولم ينظر إلى تفاهة الجنس ولا إلى تسارع الهلاك، قالوا: وإما إذا سُمّي

---

(١) ينظر: الأسرار: كتاب النكاح: ص ٦٧٨، مختصر القدوري مع الجوهرة: ٣٩٤/١.
(٢) في (ز): أوفى.
(٣) في (ز): الوطء.
(٤) في (ز): وإنما.
(٥) في (ز): وسرقة.
(٦) في (ز): بالشبهة.

خمسة دراهم[1] فتجب عشرة؛ لأن العشرة في كونها صداقًا لا تتجزأ وهو على أصلنا مشروعًا مثل الطلاق الواحد لا يتجزأ معقولًا، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل فوجب جميع العشرة لهذا، ولا يزاد عليها بإيجاب مهر المثل؛ لأنها سقطت برضاها وقد رضيت بسقوطه فإن الرضا بخمسة رضًا بسقوط ما زاد على العشرة قطعًا، وهذا لأن حق الشرع قد تأدّي بقدر العشرة، فلو وجب ما زاد كان لحقها، وقد رضيت بسقوطه. وأما إذالم يُسمّ شيئًا فإنها رضيت ورغبت في الجود والبذل وتقليد المنّة فإذالم يصح بذلها وَجَبَ لها عوض فلا يدل رضاها بالبذل على رضاها بالبدل اليسير إذا وَجَبَ البدل؛ لأن الإنسان قد يرغب في الجود إحسانًا ومِنّةً فإذا آل الأمر إلى العوض يطلب العوض التام؛ لأن مَنْ غُبِنَ في العوض غُبِنَ بعقله، والعاقل يرغب في إظهار الجود ولا يرضى بالغبن في العقل.

۞ الجواب:

أما قولهم: إن وجوب المهر لحق الله تعالى.

قلنا: ما قولكم في الواجب أهو حق الله تعالى أم حق المرأة؟، فإن قالوا: حق الله ينبغي أن يُصرف إلى مصارف حقوق الله، وينبغي أن لا يكون للمرأة إسقاطه، وإن قلتم أن الواجب حقها فالإيجاب حقّها لأن الإيجاب لإظهار الواجب فإذا كان الظاهر حقها فالإظهار حقها، فإن قالوا: حق الله تعالى في أصل المهر ثم إذا وجب لحق الشرع فالبقاء حقها [٢٢٢/ب] لإيصال النفع إليها، وهذا لأن البقاء لنفع العباد فيكون حق العباد.

---

(١) ليست في (ز).

قلنا: هذا هو الدليل على أن المهر حق العباد لأن المهر مال مُنتفَع به والأصل في الأموال المنتفع بها أنها أوجبت[1] لمنافعها؛ لأن المطلوب من الأموال منافِعها والنفع حق العباد، فالمال حق العباد وكذلك نقول في جميع الأموال التي تجب بالشرع ابتداءً أو تجب بالعقد أن كلها حق العباد، وقد بيَّنا هذا في الزكاة وأنما حقوق الله تعالى في الحدود والزواجر لأنها مشروعة لحفظ حدود الدِّين، والدِّين حق الله تعالى، فما شرع لحفظ حدوده حتى لا يُهتَك فيكون حقًا له أيضًا، فأما وجوب المهر مع تراضي المتناكحين على سقوطه، لا[2] نسلم، وسيأتي من بعدُ والذي قالوا: إن حق الله تعالى تعلّق بالأبضاع والنفوس فتعلق بالعقد المعقود عليها والمعقود لتحصيلها.

قلنا: قد تعلّق حتى وجب الإشهاد لحق الشرع وحتى لا يُستباح البُضع إلا بالعقد لحق الشرع وهذا لأن النكاح بالمتناكحين لا بالمهر إنما المهر مال زائد وراء ما يَتِمّ به النكاح، فلا يدل تعلّق حق الله تعالى بالنكاح أو بالبُضع حتى[3] تعلق حقه بالمال، وسنبين هذا الأصل في المسألة الثانية وعلى أنا إن سلمنا تعلق حق الله بالمهر فنقول حقه في أن لا يُملك البُضعُ إلا بعوضٍ صيانة عن البذل والإباحة وهذا المعنى يحصل بالعوض الكثير والقليل.

وأما الشرف الذي تعلقوا به قلنا: قد ظهر شرف البُضع في منع البذل والإباحة فيه وبإيجاب الشهادة فيه وأيضًا لو كان وجوب المال لهذا[4] المعنى

(١) في (ز): وجبت.
(٢) في (ز): فلا.
(٣) في (ز): على.
(٤) في (ز): فيه لهذا.




وجب أن لا يجوز النقصان عن قيمة البُضع، وهو مهر المثل؛ لأن النقصان عن قيمته يؤدّي إلى الاستهانة به، والاحتقار له، فإن الشرع نَزّل المحاباة في العوض منزلة الهبة والتبرع بدليل اعتباره من الثلث، وأما القطع في السرقة، فبعيد عن مسألتنا؛ لأن الكلام في أعواض العقود وأعواض العقود معقولة المعاني وهو أن تكون بالمال[1]؛ لأن المال متقوّم والقيمة عوض فما[2] هو متقوّم يصلح عوضًا، وأما محال الجنايات ومقاديرها فيقلّ الوقوف على معانيها؛ لأن الله تعالى شرع العقوبات زاجرًا[3] عن الجنايات بقدر الجنايات ومقادير الجنايات ومنازل هتك الحرمات لا يقف عليها إلا الله تعالى، والقطع في السرقة واجب بإزاء الجناية لا بإزاء المال، والجناية بسرقة ما دون النصاب لا يكون كالجناية بقدر النصاب، وفي مسألتنا ما دون العشرة مثل العشرة في العوضيّة فإنما[4] يشترط المهر ليكون عوضًا على ما سبق، وأيضًا فإن الزواجر للحاجات، وقد لا توجد الحاجة الزاجرة فيما دون النصاب لقلتها وخستها بخلاف النصاب، والجواب الأول كافٍ، وأما الجزية فالتقدير فيها محض شرع وليس للقياس فيها مجال. فإن قالوا كذلك في الفرع، قلنا: لا نص لكم[5] أصلًا في إثبات التقدير وإنما نتكلم في القياس وطمعهم في إثبات أصل التقدير بالقياس فهو مطمع مُكدي ومُنتجع مُمحمل واليأس غالب.

وأما قولهم: إن العشرة لا تتجزأ صداقًا.

---

(١) في (ز): مالًا بمالٍ.
(٢) في (ز): عما.
(٣) في (ز): مزاجر.
(٤) في (ز): وإنما.
(٥) في (ز): لهم.

قلنا: لا تتجزأ معقولًا ومحسوسًا بل تتجزأ محكومًا، ثم الأولى بهم أن يوجبوا مهر المثل مثل ما أوجبوا إذا ترك التسمية أصلًا. والله أعلم بالصواب.

❊ (مَسْألَة):

المفوضة[1] يجب لها مهر المثل بالعقد في أحد قولي الشافعي[2] رضي الله عنه.

وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه[3]، وفي القول الآخر: لا يجب لها المهر بالعقد[4]، وهو الأقيس[5]، وعليه المناظرة، وعلى هذا القول إذا مات أحد الزوجين لم يجب شيء من المهر[6]، وقد رُوي عن علي وزيد وابن عباس وابن عمر مثل مذهبنا[7]، وقالوا: حسبها الميراث لا مهر لها، وهم يروون مثل قولهم عن ابن مسعود وقد رووا خبرًا برواية إبراهيم عن علقمة أن عبد الله بن مسعود حكم في رجل تزوّج امرأة ولم يُسمّ لها المهر شيئًا فتردد ابن مسعود فيها شهرًا، ثم خطب فقال: أقول فيها برأي فإن كان صوابًا فمن الله، وإن كان خطأ فمن الشيطان [٢٢٣/أ] أرى لها مهر مثل نسائها لا وَكس ولا

---

(١) المفوضة: هي المرأة التى زوجت بدون مهر. ينظر: القاموس المحيط مادة: فاض ٢/٣٥٣.

(٢) النكت: ورقة ٢١١/ب، المهذب: ٢/٥٨، روضة الطالبين: ٧/٢٨٢.

(٣) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٦٣٥، المبسوط: ٥/٦٢، مختلف الرواية: ورقة ٨٥/أ، كشف الأسرار: ٢/٣٨٧، رؤوس المسائل: ص ٤٠٢.

(٤) الأم: ٥/٦١، النكت: ورقة ٢١١/ب، روضة الطالبين: ٧/٢٨٢، المهذب: ٢/٦١.

(٥) قال في رؤوس المسائل: وهو أصح القولين. ورقة ٤٣/أ.
ورجحه العراقيون والبغوي والروياني. ينظر: روضة الطالبين: ٧/٢٨٢.

(٦) مغني المحتاج: ٣/٢٣٣، الأم: ٥/٦٨.

(٧) النكت: ورقة ٢١١/ب، وقد ذكر هؤلاء بأسمائهم.




شطط فيها، فقام أناس من بني أشجع فيهم أبو الجراح[1] صاحب راية الأشجعيين ومعقل بن سنان الأشجعي فقالوا: نشهد أنك قضيت (فينا بمثل)[2] ما[3] قضى به رسول الله صلى الله عليه في امرأة منا تُسمي بروع[4] بنت واشق الأشجعية فَسُرَّ عبد الله بن مسعود سرورًا شديدًا لموافقة قضائه قضاء رسول الله صلى الله عليه[5]، وهذا خبر مشهور في الرواية غير أنه لم

---

(١) أبو الجراح بن أبي الجراح الأشجعي، روى عن النبي ﷺ قصة بروع بنت واشق، وعنه عبد الله بن عتبة بن مسعود، وقال الحافظ في التهذيب: «وقد قيل فيه أبو الجراح الأشجعي كذا في مسند أحمد في الحديث». ينظر: تهذيب التهذيب: ٦٥/٢، وينظر: المسند:= = ٤٣٠/١، ٤٣١، ٤٤٧، ٤٤٨، ٢٧٩/٤، ٢٨٠.

(٢) ليست في (ز).

(٢) في (ز): بما.

(٣) في (ز): بما.

(٤) بروع بنت واشق امرأة بني رواس، وبنو رواس حي من عامر بن صعصعة. المنتقى لابن الجارود: ص ٢٤١.

(٥) رواه الترمذي في سننه: ١٩٦/٢ مع تحفة الأحوذي، وقال: حديث حسن صحيح، روى عنه من غير وجه.
وأبو داود في سننه: ٥٨٩/٢ مع المعالم، رقم ٢١١٦.
والنسائي: ٩٨/٦، ٩٩، ١٠٠.
ورواه أحمد في المسند: ٤٣٠/١، ٤٣١، ٤٤٧، ٤٤٨، ٢٧٩/٤، ٢٨٠.
ورواه ابن الجارود في المنتقى: ص ٢٤١.
ورواه البيهقي في سننه: ٢٤٤/٧ ـ ٤٤٦، وقال: هذا إسناد صحيح، وهذا الاختلاف في تسميته من روى قصة بروع بنت واشق عن النبي ﷺ لا يوهن الحديث، فإن جميع هذه الروايات أسانيدها صحاح، وفي بعضها ما دلّ على أن جماعة من شجع شهدوا بذلك فكان بعض الرواة سمى منهم واحدًا، وبعضهم سمى اثنين، وبعضهم أطلق ولم يسم، ومثله لا يرد الحديث ولولا ثقة ابن مسعود من رواه عن النبي ﷺ لما كان لفرح ابن مسعود بروايته معنى.

يُذكر في الصحيحين لأجل الاختلاف في اسم الراوي ولأجل أن عليا ﵁ لم (يقبل هذه)[1] الرواية[2] ولأنه نُقِل عن بعض الأشجعيين أنهم قالوا: لم يكن قط فينا امرأة تُسمَّى بروع، وقال الشافعي: لو ثبت لقلتُ به[3] وهذا قول منصفٍ مُقدّم السُّنة على رأي الرجال، ويحتمل أن المزوِّج كان هو الولي وقد ترك التسمية من غير أن يوجد منها رضًا بتركها وأسأل الله تعالى العصمة من مخالفة السنن، ونقطع أن عليًا لم يترك القول بهذا الخبر إلا لتُهمة ريبة، وَمَنْ قدّم عليًا واقتدى به فقد استوثق لدينه.

وأما الكلام من حيث المعنى نقول: المهر خالص حقها وقد رضيت بعدم وجوبه وهي من أهل الرضا فصار كما لو أبرأت بعد التسمية والإبراء بعد التسمية في البقاء مثل ترك التسمية في الابتداء، وقد دللنا في المسألة الأولى أن المهر خالص حقها.

يبينه: أن المعقود عليه عقد النكاح فلا يخلو: إما أن (يقال: المنفعة)[4]، تكون في حكم الأجزاء، أو يقال: هو منفعة محضة، وأيّهما كان فبدله يكون حق المرأة بمنزلة أرش يدها يكون حقا لها أو أجرة عملها من الكنس والطبخ، يكون محض حقها، وأما الذي يعتمد عليه في المسألة تحقيقًا، وهو: أن

---

(١) في (ز): يقل بهذه.

(٢) رواه البيهقي في سننه: ٢٤٧/٧، وفيه عبد بن ميسرة أبو إسحاق الكوفي قال الدارقطني: ضعيف، وقال ابن حبان: كثير الوهم على قلة روايته، كثير المخالفة للثقات فيما يروي عن= = الثقات. ينظر: تهذيب التهذيب: ٤٨/١، والمجروحين لابن أبي حاتم: ٣٢/٢.

(٣) ينظر: الأم للشافعي: ٦١/٥.

(٤) ليست في (ز).

النكاح عقد يَتِمّ بدون المهر معقولًا ومشروعًا فلم يقتض بنفسه وجوبه وهذا لأن الشيء إذا تَمَّ بدون شيء واستقل مع عدمه لا يُضم إليه لا بدليل يوجب ذلك من غيره. ثم الدليل على أنه يَتِمّ بدون المهر المشروع والمعقول، أما المعقول فلأن التزويج ازدواج والنكاح مضامة والازدواج والمضامة إنما تصح بين نفس ونفس وبدن وبدن فأما بين مال ونفس فلا يتصور بحالٍ، وإن شئت عبَّرت عن هذا فتقول: عقدُ سكنٍ بنص الكتاب وهذا السكن هو سكن المرأة بالرجل، والرجل بالمرأة، وهو معنى قوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا﴾[1]، وقال الله تعالى في موضع آخر: ﴿لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾[2] ولا يتصوّر هذا السكن إلا لذات مع ذات، فأما بمال وذات فلا، وأما المشروع فلأنا أجمعنا على أن مَنْ تزوج امرأة ولم يُسمّ لها مهرًا يجوز العقد وإن كان المال عوضًا أصليًا في عقد النكاح لم يجز من غير تسمية؛ لأن العقود مشارطات شرعية ومواجبات قصدية بالعقود المشروعة فلا[3] مال (بلا إيجاب)[4] ولا عوض إلا بقصدٍ وشرطٍ وهذا لأن المهر إذا كان عوضًا أصليًا في النكاح مثل الثمن في البيع والأجرة في الإجارة، فإنما يصير العقد عقدًا به وإذا صار عقدًا فلا يتصوّر (به عقد)[5] إلا بعاقدٍ فإذا لم يُسَمّ فلم يعقد العقد به فانعدم العقد في حق المهر لعدم فعله من التسمية فإذا انعدم العقد في أحد الموضعين انعدم في حق الآخر، ولهذا المعنى لم يكن

---

(١) سورة الأعراف، آية: ١٨٩.

(٢) سورة الروم، آية: ٢١.

(٣) في (ز): ولا.

(٤) في (ز): إلا بإيجاب.

(٥) في (ز): العقد.




بد من ذكر الزوجين ولهذا لم يكن بد من ذكر الأثمان في البياعات والأُجر في الإجارات لتصح العقود وهذا الذي قلناه في نهاية الاعتماد، فإن قال قائل: فالمهر إذا سُمّي يكون عوضًا عن ماذا؟.

قلنا: قد ثبت معقولًا ومشروعًا على ما بينا[1]، وأما المهر فيجوز أن يقال أنه عوض زائد على معنى أنه عوض من وجهٍ وليس بعوضٍ من وجهٍ، وأما ما ليس بعوض من وجه لما بيَّنا وعوض من وجه على ما سيذكرون ويجوز أن يقال أن المهر مال القوامية مثل النفقة وهو معنى قوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾[2] الآية، والمراد بالإجماع هو المهر والنفقة، وهذا لأن النكاح عقد مشترك بين الزوجين بدن ببدن وذات بذات وحِلَّ بِحِلٍّ، واستمتاع باستمتاعٍ، إلا أن الزوج اختص بالقوامية حتى يحبسها في البيت ويمنعها من الأزواج ويكون الطلاق بيده، فالشرع جعل عليه مالًا لها بهذه القوامية [٢٢٣/ب] فأثبت المهر لها لتحصيل طيب قلبها وإرضائها بالمال، ويكون المال بإزاء ما استحق عليها من ولاية القوامية وتتم مصالح النكاح وتتمهد وجوه السكن مثل النفقة سواء إلا أن سبب هذا هو التسمية في أصل عقد النكاح، وأن أُريدَ وجوبه في أصل العقد وسبب النفقة قيامه عليها في[3] دوام النكاح بالتمكن منها، واحتباسها عليه، فهذا تمام ما أوردناه من البيان، وتبين بهذا الوجه الذي قلناه أيضًا أن المهر خالص حقها على نظير النفقة.

---

(١) في (ز): بيناه.
(٢) سورة النساء، آية: ٣٤.
(٣) في (ز): من.




۞ **وأمّا حجّتهم:**

بعد الحديث الذي رويناه من قبل، قالوا: النكاح عقد بعوض فلم ينعقد من غير عوضٍ كالبيع وهذا لأنه شُرِعَ بعوضٍ وما شُرِعَ بعوضٍ لا يحصل من غير عوض، ثم الدليل على الوصف قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾[1] فالله تعالى عدَّ المحرِّمات ثم ذكر تحليلَ ما وراء المحرمات وأخبر أنه أحل بالمال؛ لأنه قال: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ فَعُرِفَ أنه هو المشروع وأنه بغير المال غير مشروع.

يبينه: أنه لما كان الأصل في الأبضاع الحرمة فقد شُرِعَ ابتغاؤها بالمال فبقي الابتغاء بغير المال على أصل الحرمة ثم المعتمد لهم من حيث المعنى، و[2] هو: أن النكاح لو شُرِعَ بمالٍ وغير مالٍ لاختلف العقد عند ذكر المال وعند تركه، ألا ترى أن ملك اليمين لما شُرع بمالٍ وغير مالٍ اختلف العقد عند ذكر العوض وتركه فكان أحدهما بيعًا والآخر هبة، ولاختلفت أحكام العقدين مثل ما يختلف حكم[3] البيع والهبة، وهذا لأن ذكر[4] العوض بالعوض لا يكون هو العطية بلا[5] عوض وحين لم يختلف العقد في مسألتنا بحال وكان النكاح واحدًا في الموضعين عرفنا أنه ما شُرع إلا على وجهٍ واحدٍ وهو أن يكون بعوض.

---

(١) سورة النساء، آية: ٢٤.
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): بغير.




واستدلوا على هذا الأصل بفصل الأب إذا زوّج ابنته الصغيرة بدون (مهر المثل يجب المهر)[١]، ويصح النكاح، وإذا كان النكاح شُرِع بمهرٍ وغير مهرٍ فالشرع ملكه النكاح بالمهر، فإذا عقد بغير مهر وَجَبَ أن لا ينعقد العقد[٢]؛ لأنه فَعَلَ غير ما ملكه الشرع وحين صح النكاح[٣] عرفنا أن المشروع واحد.

(يدل عليه)[٤]: أن النكاح عقدٌ قضيته المساواة بين الزوجين ليتم السكن والازدواج بينهما، وقد اختص الزوج بمالكية لا توجد للمرأة فلابد لها من ملك في مقابلته وليس ذلك إلا ملك الصداق؛ لأن بُضع الرجل ليس بمحل للملك[٥] فجُعل لها ملك الصداق ليكون العقد مِلكًا بملكٍ، وإذا كان ملكًا بملكٍ صار المهر عوضًا أصليًا مثل الثمن مع المبيع.

قالوا: وبهذا نعترض على قولكم: «أن[٦] الازدواج لا يكون لبدنٍ مع مالٍ» لأنه وإن كان كذلك إلا أن الشرع نقل الازدواج بدنًا ببدنٍ إلى المعاوضة مِلكًا بملك ثم السكن والازدواج مندرج في هذه المعاوضة حاصل بها فكان ذلك ثمرة النكاح، والذي قلناه أصل ما ينعقد عليه العقد وبه يعقد[٧] النكاح. وقد تعلقوا في أصل وجوب المال بالفصل الذي قلناه في المسألة الأولى وهو أن المهر وجب لحق الله تعالى وطريقة ما ذكروه في تلك المسألة، وبعضهم

(١) في (ز): المهر يجب مهر المثل.
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): يدل على ما قلناه.
(٥) في (ز): الملك.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): عقد.

قال: وجب العوض (حقًا لله تعالى على صيانة البضع)[1] عن الابتذال بالبذل والإباحة والنكاح بغير عوض محض بذلٍ كالهبة محض بذلٍ والأبضاع مصونة عن الهبات كما هي مصونة عن الإباحات. واستدلوا بفصلين مشكلين: أحدهما وجوب المهر بالدخول بالإجماع فالحرف المتعلق به في هذا الفصل هو: أنه إذا مَلَكَ البضع بغير عوض، فالوطء استيفاء المعقود عليه، وَمَنْ مَلَكَ شيئًا بغير عوض وصحح الشرع ذلك لم يجب عليه عوض باستيفائه.

يبينه: أنه لو وجب بالدخول فكان الأولى أن يجب بالعقد لأن العوض يقابل ابتداء الملك لا بقاء الملك، ألا ترى أن مَنْ اشترى أباه عتق عليه، واستقر عليه الثمن، ولو كان العوض يقابل البقاء لرجع بالثمن على البائع؛ لأن البقاء قد فات بالعتق، قالوا: وأما الأُجرة في الإجارات عندنا تجب[2] حين يملك المنفعة، إلا أن تلك[3] المنفعة تكون عند استيفائها أو ينعقد العقد ساعة فساعة، وحين ينعقد وتملك يجب العوض. وأما الفصل الثاني الذي[4] يتعلقون به هو المطالبة بالمهر وإن كان المهر لم [٢٢٤/أ] يجب فلأي معنى يُطالَب به؟.

يبينه: أن المطالبة ثاني الوجوب فدلّت على الوجوب، قالوا: وأما المطالبة على أصلنا فهي مطالبة بإعلام مهر المثل، وإذا فوِّض فيصير كأنه أعلم المهر الواجب، وإن زاد على مهر المثل فيكون زياد على المهر، والزيادة

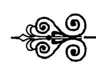
---

(١) في (ز): لحق الله تعالى صيانة للبُضع.

(٢) في (ز): فتجب.

(٣) في (ز): تملك.

(٤) زيادة من (ز).




على المهر عندنا جائزة، وإن نقص يكون حَطًا بالرضا من المرأة، قالوا: وبالوجه الذي قلنا نعترض على قولكم أن العقد يتم بدونه، وكذلك على قولكم إن المهر عوض زائد بل هو أصلي بالوجه الذي قلناه. وعلى أنا لا ننكر أنه ليس في الأصالة مثل العوض في البياعات، والإجارات إلا أنه مال لابد منه كما بيَّنا، وإن كان تبعًا من وجهٍ قالوا: وأما قولكم: إنه[1] إذا لم يُسمّ يجوز العقد، بلى، ولكن أوجب[2] الشرع فلم يخل العقد عنه، وكلامنا في أنه لا يجوز خلو العقد عنه.

يبينه: أن إيجابُ الشرع المهرَ وإن لم يوجبه العاقدان دليل على وِكَادَتِهِ في هذا العقد، وشدة لزومه له حيث لم يخل منه وإن تُرِكَتْ تسميتُه والاكتفاء بإيجاب الشرع عن إيجاب المتعاقدين غير مستبعد، ألا ترى أنه لو سَمّى الخمر أو الخنزير يوجب[3] مهر المثل، وهما وإن سُمِّيا صورة لكن قد تركا التسمية معنىً حيث سَمِّيا ما لا يصلح عوضًا بحالٍ، قالوا: وليس يلزم على (ما قلنا)[4] الذمي إذا زوّج[5] ذمية بغير عوض[6] لأن عندنا إنما لم[7] يجب إذا كانا[8] يتدينان بسقوط المهر[9]، وعندنا إنما وجب المهر لحق الله تعالى

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): حيث أوجبه.

(٣) في (ز): وجب.

(٤) في (ز): كلامنا.

(٥) في (ز): تزوج.

(٦) في (ز): مهر.

(٧) في (ز): لا.

(٨) في (ز): كان الزوجان.

(٩) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٦٥٨.




والذمي لا يُخاطَب بحق الله تعالى، إذا لم يكن التزمه بعقد الذمة وقد أُمرنا أن لا نتعرض لأنكحتهم وعقودهم، قالوا: وأما إذا زوَّج المولى أمته من عبده بغير مهر يجب ثم يسقط لأنه لا يمكن الحكم ببقائه[١]، قالوا: وأما إذا مات الزوجان فلا نقول بسقط المهر لكن تعذر القضاء به؛ لأن المسألة مصوّرة فيما إذا كان قد طال العهد وتقادم وتعذّر الرجوع إلى مهر نساء العشرة، ألا ترى أن أبا حنيفة قال في هذه المسألة: أرأيت لو اختصم ورثة علي مع ورثة عمر في مهر أم كلثوم أكنت أقضي به؟[٢].

❁ **الجواب:**

قولهم[٣]: إنه عقد مشروع بعوض.

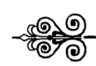
قلنا: إن عنيتم العوض بالمال مثل العوض في البياعات، فلا نسلم وإن عنيتم أنه شُرع بعوض ليكون معاوضة ببدن المتناكحين فهو مسلم.

أما قوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾[٤].

قلنا: لا يصح لكم[٥] التعلق بهذه الآية، ثم نقول: أنه يصح النكاح بغير تسمية عوض؛ لأن الابتغاء بالمال لا يوجد إلا بذكر المال، فأما إذا أوجب[٦]

---

(١) الأسرار: كتاب النكاح، ص ٦٥٨.
(٢) بدائع الصنائع: ١٤٢٥/٣.
(٣) في (ز): قولكم.
(٤) سورة النساء، آية: ٢٤.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): أوجبه.




الشرع فلا يكون هذه مبتغىً بالمال، فبطل تعلقهم بالآية بهذا الطريق، وتَبيّن أن المراد بذكر المال في الآية هو إثبات كونه مشروعًا فيه على الجملة، ونحن نقول به على الطريق الذي قلنا[1].

يبينه: وهو أن الآية الأخرى وهي قوله تعالى: ﴿وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ﴾[2] ثبت أن المال المذكور ليس بأصلٍ بل هو مال القوامية وعلى أن الله تعالى قد أطلق النكاح في آيات كثيرة عريًّا عن المال، وبيّنا أنه بحقيقته مستغنى عن المال.

وأما قولكم[3]: إنه لو شرع بعوض وغير عوض لكانا عقدين.

قلنا: لم يشرع إلا على وجهٍ واحدٍ وهو أن يكون معاوضة ببدن المتناكحين، فأما بالمال فلا، وكيف عُقِد فإنه لا يقع إلا على هذا الوجه، وأما مسألة الأب إذا زوّج ابنته الصغيرة بغير مهر، قلنا: أما أصل العقد إنما انعقد لما بيّنا أنه يتم بغير المال، فيتم بغير ذكره، وأما[4] الوجوب فلأنه خالص حقها، وإنما يصح في المحل الذي يسقط برضاها، ولم يوجد منها رضًا، بل ليست من أهل الرضا بخلاف مسألتنا.

وأما قولهم: إن للزوج مالكية لا توجد للمرأة.

---

(١) في (ز): قلناه.

(٢) سورة النساء، آية: ٣٤.

(٣) في (ز): قولهم.

(٤) في (ز): فأما.

قلنا: مالكية النكاح ثابتة في الجانبين وكل واحد منكوح صاحبه وعاقد على صاحبه إلا أن الشرع خص الزوج بولاية القِوامية ومَنَعَ المرأة من الازدواج لمصلحة كلية وهو دفع المفاسد من الأنساب وهذا لا يوجد في جانب الرجال.

فإن قالوا: لاشك أن للزوج زيادة ملك ولا يخلو النكاح منه بحال ولفظ القِوامية عبارة عن هذا الملك، فإن شئتم سموا على هذا اللفظ وإن شئتم سموا بتلك اللفظة، فإذا لم يخل جانبه عن هذه الزيادة، وجب ألا يخلو جانبها عن ملك المال بهذه [٢٢٤/ب] الزيادة.

والجواب أن الزيادة التي في جانب الزوج لحق الشرع لما بيّنا أنه ثبت لدفع المفاسد عن الأنساب فلم يجز خلو النكاح منها، وأما الزيادة التي في جانبها محض حقها، والنكاح مستقل فتحقق بدونها على ما سبق فصح منها الرضا بسقوطها والتزام الزيادة التي للزوج عليها، بِغَير مالٍ، فإن رجعوا إلى قولهم: إن حق الشرع تعلّق بالمهر فقد أجبنا[1] من قبل والطريق الذي قالوه في تعليق حق الشرع بالمهر إنما يصح إذا كان المهر أصلًا، فأما إذا كان من الزوائد فلا.

وأما ما تعلقنا به من النكاح الذي تُرِكَتْ التسمية قصدًا وصحته فهو في غاية القوة ومع التقرير الذي سبق لا يتوجه لهم عليه كلام فإن غاية ما قالوه إنهم قالوا لا يخلو العقد عن العوض حيث أوجبنا مهر المثل، وليس الإلزام

(١) في (ز): أجبنا عنه.

على هذا إنما الإلزام هو أنه إذا كان عوضًا أصليًا (يعقد به)[1] العقد لم يتصوّر العقد به إلا بتسميته؛ لأن العقد على الشيء بالشيء لا يوجد إلا من عاقدِ العقد، وإلا فهو عُدِمَ عقدًا وما عُدِمَ عقدًا لم يتصوّر عقديةً، وأما تعلقهم بفصل وجوب المهر عند الدخول فقد مَنَعَ بعضهم وليس بالمذهب والتخريج بعيد، وأيضًا إنما خرّج إذا رضيت المرأة بالدخول بلا مهرٍ صريحًا فإذا لم تصرح به ووطئها الزوج على العقد السابق فلا يُعرف فيه منعٌ ويمكن أن يقال وجب المهر للتمييز بين السَّفاح والنكاح على ما قال الله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾[2] فإن لم يجب بالعقد وَجَبَ بالدخول لئلا يخلو العقد عن المهر، فإن قالوا: قد تميَّز عقدًا وحِلًّا فإن في الزنا لا عَقَدَ وَلا حِلّ.

قلنا: (قد نص الشرع على إيجاب للتمييز فلا يترك)[3] هذا النص وكان الشرعُ بالغ في التمييز فميّز النكاح من السَّفاح عَقَدًا وحِلًّا وَمَالًا، وهذا جواب حسن غير أن التخريج على الطريقة التي اخترناها هو أن المال مشروع[4] على الوجه الذي قدمنا[5]، والعقد سبب له، والوطء سبب له على الجملة، وقد سمى الشرع الوطء استحلالًا، ألا ترى إلى قوله ﷺ: **(فلها المهر بما استحل**

(١) في (ز): بعقدية.
(٢) سورة النساء، آية: ٢٤.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): شرع.
(٥) في (ز): قدمناه.




من فرجها)[1]، فسمى الاستيفاء استحلالًا فيكون الوطء استحلالًا حسّيًا والعقد استحلالًا شرعيًا فصار الوطء شبيهًا بالعقد من هذا الوجه، وإذا ثبت هذا فنقول المهر سبب للحل شرطًا وإيجابًا والوطء سبب له حكمًا ووجوبًا فإن خلا السبب الأول عنه وَجَبَ بالسبب الثاني.

فإن قالوا: الوطء إنما يكون سببًا إذا لم يصادف الملك، فأما إذا صادف الملك فلا يكون سببًا قلنا: أولًا نذكر بطريق المجادلة إن كان وجود الملك مسقطًا للعوض فترك الإيجاب مانع من الوجوب في الإيجابات العقدية وإذا جاز الإيجاب عندكم مع ترك الإيجاب وصح العقد بدونه لِمَ لا يجوز وجوبه مع وجود المُسقِط وهو الملك ثم الوطء في الملك إنما لا يوجب العوض إذا ثبت الملك بلا عوض على الإطلاق، أما إذا ثبت ولم يجب العوض في الحال ليجب[2] في ثاني الحال فلا، ومسألتنا من هذا لأنه خلا العقد عن العوض لا ليخلو عنه أصلًا ولكن خلا في الحال، ليجب في ثاني الحال، وهذا لأنه لا يمكن إيجابه في العقد إلا بالتسمية على ما سبق ولم يُسمّ، فأما بالوطء أمكن إيجابه حكمًا فَوَجَبَ، والرضا بالسقوط عقدًا لا يدل على الرضا بالسقوط حكمًا بالوطء.

فإن قالوا: إنكم سعيتم إلى الآن في أن النكاح يخلو عن المهر ثم الآن اعترفتم أنه لا يخلو عنه.

---

(١) رواه الدارمي في سننه: ٢/١٣٧، كتاب النكاح، باب النهي عن النكاح بغير ولي وأبو دواد في سننه مع المعالم ٢/٥٦٦ رقم ٢٠٨٣. وقال الألباني في الإرواء: صحيح ٦/٢٤٣.
(٢) في (ز): وجب.

قلنا: إنما يخلو عنه في العقد وليس بعوضٍ أصلي عقداً بالطريق الذي سبق، فأما الخلو أصلًا فلم ندّعه، فأما إذا رضيت المرأة بسقوط المهر عند الوطء فيجوز أن يقال: لا يجب وإن قلنا: يجب وهو الأصح؛ فلأن الرضا بسقوط ما يجب شرعًا قبل وجود سببه باطل، وأما فصل المطالبة فهو مشترك الدلالة؛ لأن عندكم يطالب بابتداء الفرض، ولهذا المعنى لا تجب الشفعة عندكم إذا فَرَضَ شقصًا بعد العقد، ويكون كالمسمى في العقد، وإذا كان المفروض ابتداءً فُرِضَ، دل أنه لم يجب من قبل.

وأما قولهم: إنه أعلام الواجب، قلنا: ينظر إلى لفظه لم يقُل: أعلمتُ إنما قال: سَمّيتُ وفرضتُ ولأن مهر المثل دراهم ودنانير فكيف يعرف[1] بالشقص [٢٢٥/أ] والثوب؟، وأما عندنا فالمطالبة لما بيّنا أن الوطء استحلال حسّي فيطالب بالمهر حتى لا يُقدم على هذا الاستحلال الحسيّ إلا بالمهر، كما أن لها أن تطالب في ابتداء العقد بالمهر، وأيضًا فإن المهر يشبه الصلات من وجهٍ وزمان بقاء النكاح زمان، وجوب الصلات والمطالبة بالصلات يجوز بدليل النفقات، وأما إذا سَمَّى الخمر والخنزير فلأن الرضا بسقوط المهر لم يوجد لأن أصل الطلب للعوض موجود فإذا طلبت ما لا يصلح عوضًا فاعتبر[2] الأصل، ولهذا قلتم في الخلع إذا سُميت الخمرُ والخنزيرُ وَجَبَ رد الصداق ولو لم يُسمّ أصلًا لا يجب شيء، وقد ذكروا في المسألة دلائل على أن الصداق عوض أصلي ذكرناها في التعليق ونحن لم نَدّع أنه ليس بعوض أصلًا، وإنما ادّعينا أنه عوض من وجهٍ، وليس بعوضٍ من وجهٍ، والدليل

---

(١) في (ز): يُعلم.

(٢) في (ز): اعتبر.




الذي ذكرنا كافٍ في بيان أنه ليس بعوضٍ من وجهٍ، وما ذكروه لا يعارضه بل هو دليل العوضيّة في الجملة، ونحن لا[1] ننكره وفي مثل هذه المسألة يتبين مقادير الرجال ويتميز خواص العلماء من العوام الجهال. والله أعلم.

※ (مَسْألَة):

الخلوة الصحيحة لا تؤكد الصداق عندنا[2]، ولا توجب العدة.

وعندهم: تؤكد الصداق وتوجب العدة[3]، وشرطوا في صحة الخلوة شرائط عُرِفَت[4] من مذهبهم.

❊ لنا:

قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[5] والمراد من المسّ هو الوطء بإجماع أهل التفسير، وقد حكى عن ابن عباس **(أن الله تعالى حيي كريم يُكنى بالمسّ عن الوطء فإن**

---

(١) في (ز): لم.

(٢) النكت: ورقة ٢١٢/أ، المهذب: ٥٨/٢، الروضة: ٢٦٣/٧، المنهاج مع شرحه المغني: ٢٢٥/٣.

(٣) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٧٣٧، المبسوط: ١٤٩/٥، بدائع الصنائع: ١٤٢٢/٣، أحكام القرآن للجصاص: ٤٣٦/١.

(٤) ينظر: الأسرار: كتاب النكاح: ص ٧٥٤ ـ ٧٥٥، المبسوط: ١٥٠/٥.

(٥) سورة البقرة، آية: ٢٣٧.

الله تعالى يكنى بالحسن عن القبيح)[١] وذكر أنه كنى بالمسّ عن الوطء، وقد وجد فيه طريق الكناية وهو أن المسّ سبب الوطء، وأما[٢] ما يتعلقون به من قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾[٣] وقوله[٤]: إن الإفضاء هو الخلوة، قلنا: قد فسر الإفضاء بالوطء وهو الأظهر من المعنى.

وقد ذكروا عن الفراء[٥] وغيره أن المراد بالإفضاء هو الوطء[٦]، وروي مثل مذهبنا عن ابن مسعود[٧] وابن عباس[٨] رضي الله عنهما، وهم يروون بطريق زرارة[٩] بن أوفى أنه قال: قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابًا وأرخى سترًا وجب عليه الصداق، سواء دخل بها أو لم يدخل[١٠]. وَلا يُعرف ثبوت هذه الرواية، وأيضًا زرارة بن أوفى لم يعرف لقب هؤلاء الأربع، فلم يصح

---

(١) رواه ابن جرير في تفسيره. ينظر: جامع البيان: ٢/٥٢٨.

(٢) في (ز): و.

(٣) سورة النساء، آية: ٢١.

(٤) في (ز): وقولهم.

(٥) الفراء: أبو زكريا يحي بن زياد الديلمي كان أعلم الكوفيين بعد الكسائي له معاني القرآن. توفي سنه ٢٠٧هـ. ينظر: طبقات النحويين ص١٣١ ـ ١٣٢.

(٦) كذا في النسختين، والصحيح: «الخلوة»، كما أورد ذلك الجصاص في أحكامه: ١/٤٣٧.

(٧) ذكر ذلك المزني في مختصره: ٤/٣٨ مع الأم.

(٨) ذكر ذلك المزني في مختصره: ٤/٣٨ مع الأم.

(٩) زرارة بن أوفى العامري الحرشي أبو حاجب البصري القاضي، ثقة عابد، مات سنة (٩٣هـ)، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التهذيب: ٣/٣٢٢.

(١٠) رواه الجصاص في أحكامه: ١/٤٣٧، وابن حزم في المحلى: ١١/٧٨، وسعيد بن منصور في سننه: ١/٧٦٢، وعبد الرزاق في مصنفه: ٦/٢٨٨ رقم (١٠٨٧٥)، والبيهقي في سننه: ٧/٢٥٥/٢٥٦، وقال: هذا مرسل وزرارة لم يدركهم.
قال في الإرواء: ضعيف ولا يصح مرفوعًا إلى النبي ﷺ: ٧/١٩٦.

التعلق به لضعفه، وما قلناه معروف عن ابن مسعود وابن عباس مع تأيد قولهما بظاهر القرآن[1]، وروى بعضهم بطريق عبد الرحمن[2] بن ثوبان أن النبي ﷺ قال: (**مَنْ كشف قناع امرأة ونظر إليها وجب عليه الصداق**)[3]، وعبد الرحمن بن ثوبان ضعيف[4]، ثم هو مرسل ومتروك الظاهر، والصورة، وأما الكلام من حيث المعنى نقول: مطلقة قبل المسيس فيجب لها نصف المهر.

دليله: ما قبل الخلوة ويتبرك[5] بهذا التحرير لموافقة[6] نص القرآن.

وفقه المسألة هو: أن الوطء إنما يؤكد المهر؛ لأنه استيفاء المعقود عليه، واستيفاء المعقود عليه مخيل مؤثر في تأكيد العوض فيكون ما عليه مقابلًا بماله، ولأنه بالوطء متلف لمنافع البُضع، ومن أتلف شيئًا اُستحق[7] عليه عوضه الذي يقابله قطعًا ولفظ الاستيفاء أحسن في مواجب (المعقود

---

(١) ينظر: مختصر المزني: ٤/٣٨ مع الأم.

(٢) في النسختين: عبد الرحمن بن ثوبان، وفي الدارقطني وأحكام الجصاص: محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان، ومحمد رمز له ابن حجر بأن روى له أصحاب الكتب الستة، كما في التقريب: ص٣٠٧.

(٣) رواه الجصاص في أحكامه: ١/٤٣٧، والدارقطني في سننه: ٣/٣٠٧.
وقال في التلخيص: «وفي إسناده ابن لهيعة مع إرساله لكن أخرجه أبو داود في المراسيل من طريق ابن ثوبان، ورجاله ثقات». ا. هـ. ٣/١٩٣. ورواه البيهقي: ٧/٢٥٦، وقال: «هذا منقطع وبعض رواته غير محتج بهم». ا. هـ.

(٤) لعله اختلط على المؤلف بشخص آخر، أما راوي الحديث المذكور فهو: محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان، قال ابن حجر: ثقة من الثالثة. ينظر: التقريب: ص ٣٠٧.

(٥) في (ز): وتبركنا.

(٦) في (ز): لموافقته.

(٧) في (ز): يُستحق.

عليه)[1].

يبينه: أنه لما استوفى المعقود عليه احتبس عنده ما استوفاه، وصار له محسوسًا فلزمه المهر الذي يقابله لتحتبس عندها المهر لزومًا وَوِكَادَةً وتكون وِكَادَة المهر لها بإزاء احتباس المعقود عليه عنده وهذا لأن الوكادة وجوب ثاني حيث حكم بثبوته له في موضع السقوط فيكون الوجوب الأول بإزاء الوجوب له معقودًا، والوجوب الثاني بإزاء الحصول له[2] محسوسًا، وإذا ثبت أن تأكّد المهر بالوطء كان بهذا الطريق فهذا لا يوجد بالخلوة فلم تؤكّده.

يبينه: أن الحال بين جانبي الزوجين بعد الخلوة كالحال بينهما قبل الخلوة، أما جانب الزوج فلعدم الاستيفاء، وأما جانبها فلأنه لم يُستوفَ منها شيء وقد عاد بُضعُها إليها سليمًا مثل ما يعود أن لو طلقها قبل الخلوة، وإذا كان حال الزوجين بعد الخلوة مثل حالهما قبل الخلوة كان حكم العوض بعد الخلوة مثل [٢٢٥/ب] حكمه قبل الخلوة. ويدل عليه: أن نهاية حكم الصداق هو الوِكَادة فإذا قلنا: أنه يحصل بالخلوة لم يبق لحقيقة الوطء أثر وبلوغ النهاية في عوض الشيء بمقابل ببلوغ النهاية في معوّضه فيؤدّي إلى أن يحل الوطء عن عملٍ في إيجاب شيء أو إظهار حكم وهذا لا يجوز.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: أتت بالتسليم الذي عليها فوجب أن يتأكد الواجب لها من العوض.

---

(١) في (ز): العقود.

(٢) ليست في (ز).




دليله: إذا أجر دارًا[1] وسلّم الدار إلى المستأجر فإنه تتأكد الأجرة، كذلك هاهنا، وإنما قلنا: أتت بالتسليم الواجب عليها لأنا أجمعنا على أن العقد يوجب عليها تسليمًا، ألا ترى أنها تحبس نفسها ليُسلم المهرُ إليها، وإذا تسلمت أُمرت بتسليم نفسها إلى الزوج وإذا أتت بالتسليم الواجب عليها وهو أقصى ما في وسعها فتأكد الواجب لها؛ لأن الواجب لها يقابل بما عليها فإذا أتت بما عليها استحقت مالها، وهذا لأن هذا العقد عقد معاوضة ومقابلة ملك بإزاء ملك وتسليم بإزاء تسليم ومن تحقيق المقابلة الإيجاب بالإيجاب والتسليم بالتسليم على ما ذكرنا.

قالوا: ولا جائز[2] أن يقال: إن التسليم في منافع البُضع لا تتصوّر؛ لأنه معنى داخل البضع مثل الروح داخل الجسد، فلا يتصوّر فيه التسليم إنما يستوفى بآلةٍ مخصوصةٍ مثل الروح يستوفى بآلةٍ مخصوصةٍ، وفعلٍ مخصوصٍ، قالوا: بلى، الأمر على ما قلتم أن منافع البضع كامنة ولكن قد وجب عليها تسليم بالعقد فنقل التسليم في منافع البُضع إلى التسليم في النفس فإذا سلمت نفسها خرجت عن عهدة الواجب عليها، وَنُزِّل ذلك منزلة تسليمها منافع بُضعها، وهذا كمنافع الدار لا يمكن تسليمها أيضًا، ولكن نقل الشرع التسليم إلى تسليم الدار، فإذا وُجد تسليمُ الدار نُزِّل منزلة تسليم منافع البُضع، كذلك هاهنا، وأما تسليم النفس في القصاص فلا نقول هناك وجب تسليم النفس لأن القصاص يستوفى من الذي القصاص عليه جبرًا وَكُرهًا من غير أن يكون

---

(١) في (ز): الدار.

(٢) في (ز): يجوز.

مبنيًا على وجوب تسليم مَنْ عليه، وعلى أنا إنما اعتبرنا هذا التسليم في حكم تقرير العوض الذي يقابله لما ذكرنا أن العوض لها بالعقد فيقابل الذي عليها والذي عليها التسليم، ومثل هذا لا يوجد في القصاص؛ لأن هناك ليس عوض يقابله فاعتبر حقيقة الاستيفاء وذلك لا يوجد إلا بتسليم مَنْ عليه القصاص نفسه.

قالوا: وعلى هذا خرج فصل الرجعة لأن الرجعة حق الزوج فلا يقابل بفعلها ما عليها إنما يقابل باستيفائه مَالَهُ. فقلنا: إنه إذا أمكن الدخول لا تثبت الرجعة وإن كان قد خلا بها، فأما المهر حقها فقابلنا وِكَادَة حقها بفعلها ما عليها قالوا: ولا يجوز أن يقابل وِكَادَة حقها باستيفائه حقه؛ لأن الأصل إن مَنْ أتى بما عليه استحق ما له خصوصًا في عقود المعاوضات لما بيّنا، إن ما عليها كان في مقابلة مَا لَهَا؛ ولأنا إذا أوقفنا تأكّد المهر على حقيقة الاستيفاء من الزوج أدّى إلى ضرر عظيم يتصل بها وهو أنها لا تصل إلى تأكيد حقها بحال؛ لأن الزوج يمتنع من الوطء وبتسليمها نفسها لا يتأكد المهر فيصر العقد في جانبها منعقدًا على محض الضرر حيث عُجّل وجوب التسليم عليها وأُخّر حقها من المهر لا إلى غايةٍ ونهايةٍ، واعترضوا بهذا الطريق على قولنا: إن تأكد المهر متعلق باستيفاء الوطء قالوا: لا، بل هو بالتسليم الموجود منها قالوا: فكذلك إذا وجد حقيقة الوطء إنما تأكد الصداق بوجود التسليم لا لحقيقة[1] الوطء وخرجوا سائر أحكام الوطء على هذا من الإحصان، والتحليل للزوج الأول وما أشبه ذلك، لأن هذه كلها متعلق[2] بحقيقة الوطء، (وأما في

(١) في (ز): بحقيقة.

(٢) في (ز): متعلقة.

مسألتنا فهذا الحكم متعلق بمعنى تضمنه الوطء لا بحقيقة الوطء)[1].

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن التسليم الواجب عند نشاط الزوج ورغبته في الوطء ولا يعرف أن هذا الوقت كان وقت (نشاط ورغبة)[2]، قالوا: هذا غير معتبر بل التسليم الواجب عليها هو في زمان عدم الموانع حسًا وشرعًا، أما المانع حسًّا هو الرتق والقرن، والمانع شرعًا هو الصوم والإحرام، وفي مسألتنا قد سلمت عند عدم [٢٢٦/أ] الموانع، أما نشاط الزوج ورغبته أمر باطن لا يمكن إدارة الحكم عليه فأُعرضَت[3] عنه واعتبر[4] ما ذكرناه من الظاهر.

وقال بعضهم: التسليم الصحيح إزالة الموانع من القبض والتمكين من الاستيفاء عند إرادة الاستيفاء.

قالوا: وأما إذا كان الزوج مجبوبًا لا يُنزل[5] لا يتأكد المهر وإن كان يُنَزلُ فقد أتت بالتسليم الواجب عليها، وهذا المانع من الإيلاج لا يعتبر ونقيم السَّحق المنزل مقام الإيلاج من الفحل لوجود المقصود وهو الولد في الموضعين، وهذا لأن المقصود من الوطء هو الولد فإذا تصوّر وصول الماء بالسَّحق إلى الرحم وخلق الولد لا يُبالى بفوات الإيلاج حقيقة.

قالوا: وأما قولكم: إن البضع عاد إليها سليمًا على ما كان فمثل هذا يوجد في الإجارة ومع ذلك تتأكد الأجرة بتسليم الدار ونظر إلى أصل وجود

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): نشاطه ورغبته.
(٣) في (ز): فاعرضنا.
(٤) في (ز): واعتبرنا.
(٥) زيادة من (ز).

التسليم، كذلك هاهنا.

قالوا: وأما إذا آجر دابة من إنسان وسلّم الدابة إليه في المصر إنما لم تتأكد الأجرة، لأن التسليم المستحق عليه لم يوجد؛ لأن المعقود عليه منافع الدابة في الطريق ومنافع الدابة في الطريق لا توجد إلا في الطريق فبالتسليم في المصر لا يوجد التسليم المستحق بالعقد حتى يقال[1]: لو سَاقَ الدابة معه في الطريق استحق الأجرة وإن لم يركب الدابة.

❁ **الجواب:**

أن محز الكلام في المسألة أنهم[2] يعتبرون وجود التسليم ونحن نعتبر وجود الاستيفاء، فإن قالوا: إن مَا لَهَا يقابل بما عليها.

نقول: ما عليه يقابل بِمَا لَه، ولئن كان النظر لَهَا يوجب ما قالوا، فالنظر لَهُ يوجب ما قلنا، والأولى على العدل والإنصاف في معاني الفقه أن يعتبر التسليم المتصل بالاستيفاء لتكون المرأة آتية بما عليها والرجل آتٍ بِمَا لَهُ فيتأكد البدل حينئذ فيكون الواجب لها في مقابلة ما عليها والواجب له في مقابلة (ما عليه)[3]، ثم نقول: إن التسليم وإن وُجد فلم يوجَد التَّسلم فلم قلتم: إن التسليم من غير اتصال التّسلم به يوجب تأكد البدل. فإن قالوا: وُجد التّسلم منه فهذه مكابرة العيان ودفع المحسوس وهذا لأن التسليم إن حُكم بوجوده إنما يُحكَم بوجوده بإقامة التمكين من الاستيفاء مقام الاستيفاء

---

(١) في (ز): يقول.

(٢) في (ز): هو أنهم.

(٣) في (ز): مَا لَهُ.

والشيء إذا فُقِد حقيقة لا يُقام غيرُه مقامه إلا لضرورة ولا ضرورة في إقامة التمكين مقام الاستيفاء؛ لأن وقت الاستيفاء واسع ولا وجوب في هذه الحالة حتى إذا فُقِد يُقام غيرُه مقامه للخروج عن الواجب والطبيعة مستحثة على الاستيفاء ولا ضَرَرَ عليها أيضًا لتوقع الاستيفاء في المستقبل في كل ساعة؛ ولأنه لا يمكن دفع الضرر عنها إلا بالإضرار به، وهو تعيين هذا الوقت للاستيفاء مع توسيع الشرع عليه في الوقت ولا يجوز أن يقال: إن التسليم وُجِد من غير تَسلّم منه؛ لأن التسليم لا يخلو عن[1] التّسلم؛ لأنه لا يتصوّر (تسليم صحيح)[2] شرعًا من غير تسلّم، فإن قالوا في حقها يُعتبر هذا التسليم، قلنا: وَلِمَ يُعتبر في حقها؟.

قالوا: لأن التّسليم عليها واجب، فإذا لم يعتبر وقد وُجد منها الوسعُ أدّى إلى تكليف ما ليس في الوسع.

قلنا: لما وجد التّسليم في حقها لا ينفصل عن التّسلم في حقه، ألا ترى في حقيقة الوطء لا ينفصل التّسليم عن التّسلم، فكذلك في الإجارة لما وُجد التَّسليم من الآجر جُعل المستأجرُ متسلمًا ثم يقال لهم: إنما يُجعل هذا التَّسليم ثابتًا في حقها دون حقه ونفصل بين الجانبين لضرورة[3] ولا ضرورة لأن وقت التَّسليم واسع، فإن كان هذا التَّسليم لم يتصل به التّسلم فيوجد من بعد تسليم يتصل به التَّسلم، وقد بيَّنا أن الطبيعة مستحثة، والظاهرَ وجوده، والشرع

(١) في (ز): من.

(٢) في (ز): تسليمه.

(٣) في (ز): ضرورة.

قد وسّع وقته وإن اخترمته المنية في الوسط فلا ضَرَرَ، ولأن[1] جميع المهر يتأكد وإن عرض الطلاق يعود البُضع إليها سليمًا تحصل على رأس مالها من غير نقصان وتأخذ نصف المهر فأيّ ضرر مع النظر إلى ما ذكرناه[2]؟، وخرج (على هذا)[3] فصل الإجارة على ما قلنا[4]، لأنا نجعل التسليم والتّسلم حاصلًا بالتخلية، وكذلك على مذهبهم، وإنا قلنا ذلك وأقمنا التمكن من المستأجر مقام حقيقة الاستيفاء للضرورة؛ لأنا لو لم نفعل ذلك أدّى إلى ضرر عظيم لا يُتوقع تلافيه في المستقبل، وذلك لأن المعقود عليه مقدر بزمانٍ معلومٍ فإذا مضى كل يوم ولم نجعله مستوفيًا ضاع أصلًا ولم يُتوقع استيفاءه من [٢٢٦/ب] بعد من جهة المستأجر وقد سقط أجرة ذلك القدر أصلًا[5]. لا يعود وجوبه أصلًا[6] بحال. يبينه: أن الآجر إذا خَلّى بينه وبين الدار فإذا لم نجعله متسلمًا انعدم العقد في هذا الزمان والعقد لازم من الجانبين فلا يجوز تسليط أحد العاقدين على العقد اللازم، لتبقيته تارة ولعدمه[7] أخرى، فجعلنا المستأجر متسلمًا حتى لا يؤدّي امتناعه من التّسلم إلى إعدام العقد، في هذا الزمان وفي مسألتنا إذا لم نجعله متسلمًا لا يؤدّي إلى شيءٍ من هذا وفي جانبها لا ضَرَرَ أيضًا على ما سبق.

---

(١) في (ز): لأن.
(٢) في (ز): قلناه.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): قلناه.
(٥) في (ز): أصلًا بحيث.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): يُعدمه.

يبينه: إن في النكاح يتصور تسليم بعد التَّسليم فإن عند أبي حنيفة وعلى أحد قولي الشافعي رضي الله عنهم إذا سَلّمت نفسها وقد بقي لها المهر لها أن تمتنع ثانيًا عن التسليم وتحبس نفسها، فلم يكن الموجود كل التسليم، وفي مسألة الإجارة الموجود كل التسليم فتبين الجواب عن معتمدهم في نهاية الوضوح فإن ألزموا التَّخلية في البيع، لا نسلمهُ وإنما المسلّم فصل الإجارة للمعنى الذي بينا، وأيضًا فإن يد المستأجر ثبتت على المنافع بالتَّخلية فإذا ثبتت يده عليها وتلفت تحت يده جُعِلَت كالتالفة بيده، فلابد من وجوب الأجرة، وفي مسألتنا لا تثبت يد الزوج على منافع بُضعها بالخلوة فصار تلف المنافع[1] بعد الخلوة كتلفها[2] قبل الخلوة، والأول كافٍ. والله أعلم بالصواب.

※ (مَسْألة):

إذا تزوج امرأة على ثوب هروي أو عبد مطلق عندنا: يجب مهر المثل، والتسمية فاسدة[3].

وعندهم: التسمية صحيحة ويجب الوسط[4].

لنا:

---

(١) في (ز): منافع بُضعها.

(٢) في (ز): مثل تلفها.

(٣) النكت: ورقة ٢١٠/ب، رؤوس المسائل: ورقة ٤٤/أ، مغني المحتاج: ٢٢١/٣، أسنى المطالب: ٢٠٤/٣.

(٤) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٦٨٣، تنوير الأبصار مع شرحه الدر المختار: ١٢٧/٣، مختصر القدوري: ٢٣/٢ مع الجوهرة، مجمع الأنهر: ٣٤١/١، البحر الرائق: ١٧٧/٣.

المسمى مجهول فيفسد، ويجب مهر المثل.

دليله: إذا سمى ثوبًا مطلقًا أو دابةً مطلقة[1] أو حيوانًا، وهذا لأن المسمى لا يراد لعينه وإنما يراد الوصول إليه فإذا كان مجهولًا يتعذر[2] الوصول إليه؛ لأن الثوب الهروي يكون على صفات مختلفة، والعبد يكون على أنواع مختلفة، فلا يمكن إيجابه على وصفٍ أو نوعٍ إلا ويعارضه الوصف الآخر، والنوع الآخر في صحة التعيين وتناول مطلق الاسم إياه، فتعذر الوصول إلى المسمى من هذا الوجه فيفوت المقصود فصار كالأصل الذي بيناه، ولهذا المعنى إذا سمّاه سَلَمًا على هذا الوجه لا يجوز للمعنى الذي ذكرنا، كذلك هاهنا، وهذا القياس أحسن قياس؛ لأنه عقد وعقد وتسمية وتسمية.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: تسمية مال لا بإزاء مال فصحت مع جهالة الوصف.

دليله: تسمية الشرع في الزكوات وأسنان الديات، وإنما قلنا ذلك لأن البُضع ليس بمالٍ بالإجماع، وهذا لأنه لما لم يكن بإزاء مال فصار العقد في معاوضة المال بالمال بمنزلة العدم ويصير العقد كأنه ابتداء التزام المال وابتداء التزام المال في المجهول صحيح بدليل الإقرار فإنه لو أقر بثوب هروي أو عبد مطلق يجوز، ولأنه لما لم يكن معاوضة مال بمال صار المقصود ثبوتِ عينٍ المال لا أوصافه ومع جهالة الوصف يجعل عين المال لوجود المقصود

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): تعذر.

بالتسمية (فصحت التسمية)[١].

قالوا: وأما إيجاب الوسط لقطع المنازعة لأن أحدهما إذا طلب الأعلى (والآخر)[٢] بذل[٣] الأدنى فإيجاب الوسط يتضمن إرضاء الجانبين من وجهٍ، ويحصل به قطع المنازعة وهذا مثل إيجاب الوسط في الشاه المذكور في الزكاة، ولهذا المعنى أشار النبي ﷺ في الصلح على الشَّطر في الخبر المعروف فإن أحدهما كان يدّعي الكل[٤] والآخر كان لا يؤدّي شيئًا، فأشار بالصلح على النصف والخبر خبر أبي اليسر[٥] مع خصمه والخبر في الصحيحين[٦].

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): بدل.

(٤) في (ز): الملك.

(٥) أبو اليَسَر: الأنصاري اسمه: كعب بن عمرو بن عباد بن عمرو... السَّلمي مشهور باسمه وكنيته، شهد العقبة، وبدرًا وله فيها آثار كثيرة، وهو الذي أسر العباس، مات بالمدينة سنة ٥٥هـ، وكان من آخر من مات من الصحابة ـ يعني أهل بدر ـ.
ينظر: الإصابة: ٢١٧/٤ رقم (١٢٥٤)، شرح النووي على مسلم: ١٣٣/١٨.

(٦) ينظر: صحيح مسلم: ١٣٥/١٨ مع النووي، باب حديث جابر الطويل، وقصة أبي اليسر، ولفظه عند مسلم: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من أنظر معسرا أوضع عنه أظله الله في ظله»، ولم أجده عند البخاري في مظانه.
ويلاحظ أنه ليس في حديث أبي اليسر ما يدل على أن النبي ﷺ أمره بوضع النصف من دينه، وإنما حديث وضع شطر الدين عند البخاري ومسلم عن كعب بن مالك، وفيه: «فخرج فنادى: يا كعب بن مالك، يا كعبُ! قال: لبيك يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشطر من دينك، قال كعب: قد فعلتُ يا رسول الله، قال رسول الله ﷺ: (قم فاقضه).
صحيح البخاري: ٥٦١/١، رقم (٤٧١) مع الفتح.
صحيح مسلم: ٢٢٠/١٠ مع النووي، باب استحباب الوضع من الدين.

قالوا: وأما إذا كان المسمى[1] مجهول الجنس فلا يمكن إيجاب الوسط لأن الأجناس المختلفة ليس لها وَسط، وأما الأنواع المختلفة لها وسط لأنها ثلاثة أنواع: جيد، رديّ، ووسط، ولا يوجد مثل هذا في الأجناس المختلفة، ولأن النكاح وإن لم يمكن[2] معاوضة بمالٍ بمالٍ فهو في الجملة معاوضة، فأشبه البيع من وجهٍ، وأشبه التزام المال من وجه، فلشبه[3] الأول قلنا: لا يجوز التسمية في مختلف الجنس، ويجوز في مختلف النوع هذا طريقة أبي زيد[4].

وأما عامة مشايخهم قالوا: إن لم تحتمل هذه الجهالة وقعنا في جهالة أعظَم منها، وهي جهالة مهر المثل فاحتملنا هذه الجهالة احترازًا من الجهالة الفاحشة ودليل أن جهالة مهر المثل أعظم من هذه الجهالة أن تلك الجهالة جهالة القدر، وهذه [٢٢٧/أ] الجهالة جهالة الوصف، وجهالة القدر أعظم من جهالة الوصف.

الجواب:

قوله[5]: إن المهر ليس بإزاء المال.

قلنا: وإن لم يكن بإزاء مال لكنه بإزاء متقوّم فلِم كان ما قلتم أولى[6] مما قلناه؟، وعلى أن ما قلناه أولى؛ لأن العوض قيمة شرعية والاعتبار للتقويم

---

(١) في (ز): المسلم فيه.
(٢) في (ز): لم يكن.
(٣) في (ز): وللشبه.
(٤) الأسرار: كتاب النكاح، ص ٦٨٣.
(٥) في (ز): قولهم.
(٦) في (ز): بالاعتبار أولى.

بالقيم[1] الشرعية أولى من اعتبار المال.

وقولهم: يصير كأنه التزم مالًا ابتداءً.

قلنا: هذا طمع بعيد، وتوقع محال؛ لأن مَنْ بذل بُضعًا في مقابلة مال بدلًا له كيف يصير المال كأنه التزم له ابتداء؟، وحرمة البضع أعظم من حرمة المال، فإذا لم يقدّر هذا في البيع فكيف يقدّر في النكاح؟، والتعلق بالإقرار باطل بمختلف الجنس؛ ولأن هناك يجب أدنى ما ينطلق عليه الاسم فأوجبوا في مسألتنا كذلك.

وأما قولهم: إن المقصود عين المال.

قلنا: لا، بل عين المال وصفاته مقصودة لما بينا أنه مبذول لها بإزاء معوّض[2] بقصد[3] عين المال وصفاته لأنه لو كان المقصود ما قلتم لوجب أن يجب ما ينطلق عليه الاسم؛ لأن عين المال قد وُجد، وأما الذي قالوا[4] في إيجاب الوسط أن فيه إرضاء الجانبين[5]. قلنا: لا، بل إسخاط الجانبين، وعلى أنا قد بينا أن كل وصف تعين للإيجاب يعارضه وصف آخر، فيتعذر الإيجاب على ما سبق، واعلم أنه ليس لهم تعلّق في هذه المسألة بمعنى يمكن التعويل عليها[6]، وأما ما استخرجوه كان بجهدٍ جهيدٍ ولم يكن له ثباتٌ

---

(١) في (ز): القيمة.

(٢) في (ز): متقوم.

(٣) في (ز): فيقصد.

(٤) في (ز): قالوه.

(٥) في (ز): وترك كلا الزعمين.

(٦) في (ز): عليه.

ولا قرارٌ عند التأمل والنظر.

وأما الذي قاله عامة مشايخهم فلا يعرف أن جهالة مهر المثل أفحش من جهالة الوصف في الصورة المختلف فيها، والدعوى تُقابَل بالإنكار إلى أن تقوم الحجة، وعلى أن مهر المثل واجب شرعي فاحتمل فيه الجهالة إذا كان هناك معيار يُصار إليه ليُعرف المجهول مثل القيمة الواجبة باتلاف العبد والثوب، إلا أن المعيار في مسألتنا هو مهر نساء العشيرة والمعيار في المُتلَف هو الرجوع إلى التقويم باعتبار الأوصاف والرجوع إلى أهل الصنعة[1].

وأما في مسألتنا الواجب بالتسمية[2] في العقد، وما وجب شرطًا وعقدًا لابد فيه من إعلامه ولا يحتمل فيه الجهالة، ألا ترى في البياعات والإجارات وسائر العقود، ولأنه لا معيار يرجع إليه لإعلام المجهول فتمكنت الجهالة فأوجب فساد التسمية، والله أعلم.

❊ (مَسْأَلَة):

المختار في المذهب أن المعقود عليه في النكاح هو المنفعة[3]، ولا نقول أنها في حكم الأجزاء لكنها منفعة بخلاف سائر المنافع في بعض الأحكام.

وقال بعض أصحابنا: المعقود عليه حِلّ لازم، وقال بعضهم: المعقود عليه عين[4] المرأة بوصف الحِلّ، والمختارُ على المذهب الأولُ، وعندهم

(١) ينظر: الأسرار: كتاب النكاح: ص ٦٩٦.
(٢) في (ز): التسمية.
(٣) خادم الرافعي والروضة: ١٤/ل ٢٧/ب نقلًا عن السمعاني. القول الأول والثاني والثالث.
(٤) في (ز): هو عين.




وعلى قود[1] مذهبهم المعقود عليه هو منافع جعلت في حكم الأجزاء[2].

وحرف الخلاف أن منافع البضع عندهم أجزاء حكمًا، وعندنا: هي منافع حسّيًا وحكمًا.

لنا:

أن المستوفى هو المنفعة فيكون المعقود عليه هو المنفعة.

يبينه: هو أن النكاح عقد استحقاق والمستحق هو المنفعة فيكون المعقود عليه هو المنفعة أيضًا لأن قضية عقد الاستحقاق هو أن الاستحقاق لا يعدو المعقود عليه، وأن المعقود عليه يتعرف بالمستحق بالعقد، ولأن عقد النكاح وعقد المتعة كانا حلالين في ابتداء الإسلام، ثم نُسخت المتعة وأقر النكاح، والمعقود عليه كان واحدًا في العقدين، وإنما كان الفُرقانُ بالتأبيد والتأقيت، فلما كان المعقود عليه هو المنفعة في المتعة فيكون المعقود عليه في النكاح كذلك؛ لأن الفسخ في محل العقود لا يعرف، وقد تأيد كل ما قلناه بقوله تعالى: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[3] والاستمتاع والانتفاع واحد، وأيضًا فإن الله تعالى سمى العوض أجرًا، والأجر اسم لعوض المنافع، لا لعوض الأعيان، ونقول أيضًا: إنَّ الوطء ليس إلا غمز

---

(١) هكذا في المخطوط وهو تعبير صحيح، «يقصد به مقتضى مذهبهم»، وقد أورد هذه اللفظة أبو يعلي في الطبقات ١٣٥/٢ ـ ١٣٦ في مناظرة إسحاق بن شاقلا وأبي سليمان الدمشقي فقال «يلزمك على قود مقالتك».

(٢) الأسرار: كتاب النكاح: ص٥٠٤، رد المحتار: ٤/٣، كشف الأسرار: ٨٠/٢، بدائع الصنائع: ١٥٤٦/٣.

(٣) سورة النساء، آية: ٢٤.

عضو بعضوٍ، والله تعالى يحدث التذاذ[1] عند هذا الغمز، وغمز العضو بالعضو ليس إلا الانتفاع كغمز الرّجل والظهر بالكف، وهو انتفاع فحسب، والعقد في هذا الموضع يشبه العقد في ذلك الموضع، وإذا ثبت أن المعقود عليه ما ذكرناه يكون العقد قابلًا للفسخ مثل عقد الإجارة يقبل الفسخ ويكون وطء[2] المشتري [٢٢٧/ب] الجارية المشتراة مثل استخدامها في أنه لايمنع الرد بالعيب.

❁ وأمّا حجّتهم:

ذهبوا أولًا: إلى ما روي عن النبي صلى الله عليه أنه قال: (**النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته**)[3]، والعين توصف بالرق دون المنفعة، ولأن الله تعالى قال: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾... إلى أن قال: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾[4] فجعل وجود النكاح تابعًا لحليّة المحل وعدمه تابعًا لحرمة المحل والحِلُّ والحُرمةُ وصفان راجعان إلى الأعيان، ألا ترى في الشرع أنما يضافان إلى الأعيان دون المنافع.

قالوا: ولأن منافع البُضع ليست بمالٍ بالإجماع، وقد نص الشافعي على ذلك حيث قال: النكاح ليس بعقد مالٍ.

وعندنا: يثبت الحيوان دينا في الذمة في النكاح، والحيوان لا يثبت في

(١) في (ز): التذاذًا.

(٢) زيادة من (ز).

(٣) سبق تخريجه ص ٢١.

(٤) سورة النساء، آية: ٢٣، ٢٤.

الذمة إذا قوبل بالمال، إنما يثبت في الذمة إذا قوبل بما ليس بمالٍ، وإنما خَرَجَت منافع البُضع عن كونها مالًا، وفارقت سائر المنافع لأنها أُلحقت بالأجزاء وأجزاء الحرة (لا تكون مالًا)[1]، فكذلك منافع البُضع لما التحقت بالأجزاء حكمًا لم تكن مالًا بخلاف سائر المنافع (التي هي أموال، و)[2] لأن الأموال كلها خُلقت لمصالح بني آدم، وليس بآدمي في نفسه والمنافع كذلك.

واستدلوا أيضًا في أن المعقود عليه ليس هو المنفعة بجواز نكاح الرضيعة مع فقد المنافع بخلاف إجارة الأرض السَّبخة للزراعة، والمُهر الصغير للركوب. ويدل عليه: أنه لا يجوز إلا مؤبدًا ولو كان المعقود عليه هو المنفعة لوجب توقيتها؛ لأن إعلام المعقود عليه واجب، والمنافع لا تصير معلومة إلا بتقديرها بالزمان، وأيضًا فإن المعقود عليه يصير مقبوضًا بوطأة واحدة، ولو كان المعقود عليه المنفعة لم يتصوّر قبضها بمرةٍ[3] واحدةٍ مثل سائر المنافع في الإجارات وهذا لأن قبض المنافع دفعة واحدة مستحيل لأنها تحدث جزءًا فجزءًا، فكيف يقبض دفعة واحدة قبل الحدوث؟، دل أنها جُعلت في حكم الأجزاء فنزل الوطء الواحد منزلة ثوبٍ قَبَضَه أو عبدٍ قَبَضَه.

قالوا: وهذه لحقيقة: وهي أن النكاح عقد معقود لطلب الولد لا لعين المنفعة المستوفاة والالتذاذ بها، وقد سبق بيان هذا[4] وإذا كان النكاح سبب

(١) في (ز): ليست بمال.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): مرة.
(٤) ينظر: ص ١١.

الولد والولد عين فأُلحق السبب بالمسبب، وجعلت المنافع بمنزلة الأعيان بهذا الطريق، والمعنى في ذلك إظهار خطرها وشرفها وارتفاع منزلتها في قانون الشريعة، ولهذا المعنى لم يجز فيها البذل والإباحة ولهذا المعنى لم يحل استفاؤه إلا[١] عن غرامة أو عقوبة. وربما يقولون قد تضمن النكاح استحقاق عين الولد؛ لأن الولد مخلوق من ماء الرجل والمرأة، ثم الولد يكون للرجل نسبًا لا للمرأة (فصار العقد من حيث المعنى واردًا على استحقاق الولد على معنى خلق من مائها ومائه، ثم يكون أنه كله له دونها)[٢]، فتبين بمجموع هذه الكلمات حكمًا ومعنىً أن لمنافعِ البُضع حكم الأجزاء وإذا كان لها حكم الأجزاء فصار جواز النكاح ضرورة؛ لأن أجزاء الحرة لا تقبل العقد والضرورة في الحِلّ على الخصوص ففيما[٣] وراءه جُعل النكاح كالمعدوم فلم يقبل الفسخ، وأيضًا قالوا: المشتري إذا وطء الجارية المشتراة يصير وطؤه إياها بمنزلة استيفاء جزءٍ منها فيمنع الرد بالعيب.

قالوا: وأما قولكم: إن المستوفى هي المنفعة، بلى، ولكن هي في حكم الأجزاء بدليل ما بيّنا مثل الماء في رحم المرأة هو في حكمِ شخصٍ[٤]، والبيضة في حكمِ (فرخٍ وطيرٍ)[٥]، كذلك هاهنا، قالوا: وأما عقد المتعة فهو عقد غير النكاح فيجوز أن يقال أنه كان المعقود عليه هو[٦] المنفعة حسًّا

(١) زيادة من (ز).
(٢) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٣) في (ز): فيما.
(٤) في (ز): الشخص.
(٥) في (ز): الفرخ والطير.
(٦) في (ز): فيه هو.

وحكمًا، وأما[1] النكاح عقد آخر، فيقال أن المعقود عليه فيه يأخذ حكم الأجزاء والعقد إذا اختلف يجوز أن يختلف حكمه.

❁ **الجواب:**

أنا قد دللنا أن المعقود عليه المنفعة بدلائل قوية معتمدة، وقد سلموا أن المستوفاة هي المنفعة، وأنها المعقود عليه حسًّا. والأصل أن المحكوم وافق المحسوس إلا أن يقوم دليل قطعي يوجب التفريق بينهما ولم يوجد في مسألتنا فكان الثابت محسوسًا هو الثابت محكومًا[2]، فأما دلائلهم: أما الخبر الذي تعلقوا به فنقول: ذكر الرق على طريق التوسع والمجاز، وهذا لأن النكاح لما تضمن حبسًا دائمًا ومنعًا لا إلى غاية سُمّي رقًا توسعًا وقد توسعت العرب في كلامهم بما هو فوق ذلك فَسَمُّوا الطَّمع رقًا، والدَّين أسرًا وما أشبه ذلك، وأما فصل الحِلّ والحرمة فنقول كما [٢٢٨/أ] أن الأعيان توصف بالحِلّ والحرمة فكذلك المنافع، وَوصفُ الكل بالحِلّ والحرمة مجاز من الكلام على اتفاق من الأصوليين إلا مَنْ لا يُعبأ بقوله. وأما الحقيقة فالتحليل والتحريم والمنع والإطلاق كلها تكون في أفعال العباد.

وأما قولهم: إن منافع البضع ليس[3] بمال.

قلنا: ليس كذلك، لأننا بيّنا أنها أُلحقت بالأجزاء لكن لشرفها وخطرها في الشرع، وهذا لأن المال مُهان مبتذل، فالشرع أخرج منافع البضع من كونها

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): حكمًا.

(٣) في (ز): ليست.

مالًا وميّزها من سائر المنافع بهذا صيانة لها عن الابتذال، وإظهار خطرها وشرفها، وأما جواز نكاح الرضيعة فلأن النكاح عقد عُمرٍ، وإن لم توجد المنافع في الحال، فتوجد من بعد فباعتبارها جاز العقد، وهذا هو المعنى عندهم أيضًا لأنهم وإن قالوا: إنها في حكم الأجزاء ولكن سلّموا أنها منافع حسًا فلابد من وجودها حتى تأخذ حكم الأجزاء، وأما شرط التأبيد إنما كان ذلك لأن الإلفة والسكن والوصلة مقصود في النكاح ولن يحصل السكن والموافقة بين الزوجين إلا بالتأبيد، فأما إذا كان مؤقتًا فلا يسكن كل واحد منهما إلى صاحبه.

وأما قولكم: إن قبض المعقود عليه يحصل بوطأة واحدة.

قلنا: ليس هذا لأن المعقود ليه ليس هو المنفعة لكن لأن الوطء لا يمكن على الدوام وإنما يتصوّر في الأوقات وليس له عدد معلوم محصور حتى يتوزع المهر على عدده، فالشرع أعطى (للوطء الواحد)[1] حكم جميع المعقود عليه بهذا[2] العذر فصار كان الوطئات كلها معقودة[3] عليه، إذا نظرنا إلى جملتها وكل وطءٍ على انفراده كل المعقود عليه إذا نظرنا إلى تفصيلها[4].

وأما قولكم[5]: إنه سبب الولد، والولد عين.

قلنا: نحن نعلم قطعًا أن الولد غير معقود عليه إنما غاية ما في الباب

(١) في (ز): للوطئة الواحدة.
(٢) في (ز): هذا.
(٣) في (ز): معقودًا.
(٤) في (ز): تفاصيلها.
(٥) في (ز): قولهم.

أنه ثمرة من ثمرات العقد، وبأن كان[1] الثمرة عينًا لا يدل على أن المعقود عليه عين، ألا ترى أن منافع سائر الأعضاء إنما يقصد منها أيضًا تحصيل العوض[2] عند العقد، أو تحصيل عين عند الاستعمال[3]، ولا يدل ذلك على أنها تُجعل في حكم الأجزاء والأعيان؛ لأن المقصود تحصيل الأعيان.

وقولهم: إن لشرف منافع البُضع أُلحقت بالأجزاء[4].

قلنا: وأيّ مانعٍ من إثبات الشرف بها[5] وهي منافع على حقيقتها.

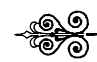
وقولهم: إن الزوج يستحق الولد عليها بعقد النكاح، هوس؛ لأن الولد ولدهما وليس يستحق عليها شيئًا إلا أن الشرع في بعض الأحكام اعتبر جانب الأب وفي بعض الأحكام اعتبر جانب الأم وفي بعضه[6] جانبهما.

وتفاصيل هذا معلوم[7]، وليس لأن الزوج يستحق عليها ولدًا[8] يكون[9] لها فيصير له وَمَنْ دخل في أمثال هذه الهذيانات فقد كَفَى خصمه شغله[10] والانتساب نوع شرف وذلك يكون بالرجال لا بالنساء، فخُصّ

(١) في (ز): كانت.
(٢) في (ز): عوض.
(٣) في (ز): الاستيفاء.
(٤) في (ز): بسائر الأجزاء.
(٥) في (ز): لها.
(٦) في (ز): بعضها.
(٧) في (ز): معلومة.
(٨) ليست في (ز).
(٩) في (ز): لا يكون.
(١٠) في (ز): سعيه.

جانب الرجال بالنّسبة نظرًا للأولاد، وقد خُصّ جانب النساء بالرق والحرية، فيقال أن المرأة استحقت الرق والحرية على الزوج، فليس ما قالوه بشيء فتثبت القاعدة التي قلناها أن المعقود عليه المنفعة[1] واخترنا[2] عما قاله الأصحاب أن المعقود عليه حِلّ لازم؛ لأن الحِلّ حكم الله تعالى، (وحكم الله تعالى)[3] لا يكون معقودًا عليه إنما المعقود عليه شيء موجود للعاقد يعقد عليه وجعله[4] لغيره بالعوض الذي يأخذه، وأخترنا هذا على قول مَنْ قال: إن المعقود عليه عين المرأة بوصف الحِلّ وإن كنا قد سلكنا ذلك في بعض المسائل، ولكن الأصل ما قلنا[5] لأن الحبس والحكم يؤيدان[6] ذلك ويقوّيانه[7]. وإذا ثبت هذا الأصل فصار النكاح عقدًا صحيحًا في الأصل ولم يكن ثبوته ضرورة فأشبه الإجارة فقبل الفسخ مثل سائر العقود واستيفاء منفعة البُضع صار مثل استيفاء منافع سائر الأعضاء في الجارية المشتراة، وابتنى على هذا الأصل مسألة الخلع أنه فسخ أم طلاق؟ فإن على أحد قولي الشافعي أنه فسخ[8]، ودليلنا في ذلك أن عقد النكاح قابل للفسخ ولم يوجد دليل على أنه طلاق، لا من حيث اللفظ ولا من حيث النية، فصار فسخًا ولا[9] مثل الإقالة في سائر العقود؛ لأنهما قصدا رفع العقد، وإعادة كل واحد منهما إلى

(١) في (ز): هو المنفعة.
(٢) في (ز): واخترنا هذا على ما قاله بعض الأصحاب.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): يجعله.
(٥) في (ز): قلناه.
(٦) في (ز): يؤيد.
(٧) في (ز): ويقوى.
(٨) ينظر: النكت: ورقة ٢١٤/أ.
(٩) في (ز): ولأنه.

رأس مالِهِ، وإلى ما كان عليه قبل العقد، فأشبه الإقالة معنىً، فكان فسخًا، وفي المسألة كلام كثير للمشايخ، إلا أنها تبتني على هذا الأصل فاقتصرنا عليه. وعندهم لما لم يقبل الفسخ لم يكن فسخًا، والمسائل التي يوردنها [٢٢٨/ب] عامتها ممنوعة، قد ذكرنا الكلام على تفاصيلها في التعليق واقتصرنا في هذا المجموع على هذا القدر وهو كافٍ. والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

المختلعة لا يلحقها الطلاق وإن كانت في العدة عندنا[١].

وعندهم: يلحقها الطلاق[٢].

لنا:

أنه طلاق بلا نكاح فيكون باطلًا كما لو طلقها بعد انقضاء العدة، وهذا لأن الطلاق تصرف مشروع فلابد له من عمل يشرع لأجله وعمله إزالة النكاح، والنكاح في هذه المسألة قد زال بالخلع من جميع الوجوه، وإذا زال النكاح فتحقق[٣] قولُنا: «إنه طلاق بلا نكاح»، فيكون باطلًا قطعًا، ثم الدليل على أن النكاح زال بالخلع جميع ما ذكرناه في مسألة نكاح الأخت في عدة

(١) الأم: ٥/٢٩١، النكت: ورقة ٢١٥/أ، روضة الطالبين: ٨/٦٨، الحاوي: ١٢/٢٧١، البيان: ١٠/٣٦.

(٢) الأسرار: كتاب النكاح: ٢/١٠٧/أ فيض الله، المبسوط: ٦/١٧٥، رؤوس المسائل: ص٤٠٥، مختصر اختلاف العلماء: ٢/٤٦٧.

(٣) في (ز): تحقق.

الأخت، ونزيد فنقول: النكاح يحتمل الإزالة بالاتفاق وإزالته إلى الزوج؛ لأنه هو الذي بيده عقدة النكاح، وهذا فيه اتفاق أيضًا فإذا خَالَعَ فقد بَلَغَ النهاية في الإزالة؛ لأنه لا يتوقع وراء هذا سبب أبلغ منه في الإزالة.

فإن قالوا: يتوقع بأن يطلّق ثانيًا وثالثًا. قلنا: وعندكم إذا[1] طلّق ثلاثًا فإن النكاح لا يزول من كل وجهٍ، ولهذا قلتم لا يحل نكاح أخت المطلقة ثلاثًا، وإن قلتم يزول من كل وجهٍ بعد الطلاق الثلاث، فكذلك في الخلع يزول من كل وجهٍ، وهذا لأنهما قصدا إزالة النكاح بطريق مشروع وأن يعود كل واحد منهما إلى الحال التي كان عليها قبل النكاح، وهذا[2] قصد معتبر لأنه بسبب معتبر. ويدل عليه: أنهما لو أرادا إعادة النكاح لابد من عقدٍ جديدٍ واحتياجهما إلى عقد جديدٍ، مثل العقد الأول لإعادة النكاح دليل قاطع في أن النكاح الأول ارتفع وزال. وأما الدليل على أن الطلاق مشروع لإزالة النكاح أنه إذا صادف النكاح إما أن يُزيل في الحال إذا كان قبل الدخول أو في ثاني الحال، إذا كان بعد الدخول والسبب المشروع إذا عَمِلَ في حكم يستدل به أنه مشروع، كذلك[3] الحكم، ويستدل بالكنايات، ووجه الدليل أن قوله: «أنت بائن وأنت حرام» كناية عن الطلاق، والأصل أن المكنّى عنه يجعل كالمصرّح به فلو وقع الصريح لوقعت الكناية لأنها هو بعينه.

❁ أمّا حجّتهم:

ذهبوا إلى أن الطلاق تصرف يصح من غير عمل له في إزالة ملك

---

(١) في (ز): وإن.
(٢) في (ز): وهو.
(٣) في (ز): لذلك.




النكاح، فلا يشترط لصحته وجود ملك النكاح.

دليله: العتق وسائر التصرفات التي لم[1] تشرع لإزالة ملك النكاح، ودليل الوصف مسألتان:

إحداهما: أن الطلاق الثاني في الرجعية يصح ولا عَمَلَ لَه في إزالة ملك النكاح؛ لأن الطلاق الأول علة تامة في الإزالة والعلة إذا تمت في حكمٍ لم يصح وجود علة أخرى لإثباته كالبيع لا ينعقد بعد البيع في محلٍ واحدٍ، وكذلك العتاق بعد العتاق، والإجارة بعد الإجارة، وهذا لأن العلة إذا تمت في إفادة حكم فقد أوجبته، والواجب لا يُوجب ثانيًا.

والمسألة الثانية: إذا طَلّق ثم راجع بطل عَمَلُ الطلاق في الإزالة، والطلاق قائم، وكما أن السبب لا ينعقد إلا بحكمٍ لا يبقى إلا بحكمٍ؛ لأن الباقي هو الثابت ابتداء، ولأنه لا يراد لعينه لا ابتداءً ولا بقاءً، ألا ترى أن البيع إذا أريد بحكم[2] وهو الملك فإذا سقط عملُه سقط في نفسه، مثل مَنْ يبيع بشرط الخيار ثم يقول: رددتُ الملك إلى نفسي، والمسألتان في نهاية الاعتماد.

قالوا: فإن قلتم إيش عمل الطلاق؟، فنقول: عمله إزالة الحِلّ عن المحل، متى تَمّ ثلاثًا[3] والدليل على أن عمله هذا قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾[4] وهذا نص في أن عمل الطلاق هذا،

---

(١) في (ز): لا.
(٢) في (ز): لحكمٍ.
(٣) ليست في (ز).
(٤) سورة البقرة، آية: ٢٣٠.

فإن قلتم إن لفظ الطلاق لا يدل على هذا، فنقول: عمله شرعًا لا وضعًا من حيث اللغة.

قالوا: وليس يدخل على هذا طلاق الأجنبيات؛ لأنه وإن كان من أهل التصرفات والمحل محل لحكم الطلاق، إلا أنه لابد من ثبوت ولاية على المحل، واختصاص به من بين سائر الناس، ولم يوجد.

يبينه: إنا إذا قلنا: يجوز طلاق الأجنبيات لإزالة الحِلّ عن المحل صارت أبضاع النساء في ابتذال الأجانب وحرمة البُضع تأبى هذا الابتذال، وأما إذا اعتبرنا نوع ولاية على المرأة واختصاص بالمحل زال الابتذال، هذا أحد طريقتهم، وَسَلّم بعضُهم أن عمل الطلاق إزالة ملك النكاح، إلا أنه ادّعى بقاء النكاح هاهنا من وجهٍ لبقاء ملك اليد، وادّعوا أن [٢٢٩/أ] ملك الحِلّ في النكاح بمنزلة ملك العين في البيع، وملك الحبس بمنزلة ملك اليد، وهذا لأنها[١] بالوطء صارت في يده حسًّا بالتمكن فيها، واستيلائه عليها، وهذه اليد قائمة بعد الخلع، واليد كافية لإفادة التصرف مثل يد المكاتب على الأكساب ويد العبد المأذون، ثم إذا ثبت بقاء ملك اليد وهو دليل على أن النكاح قائم من وجه صح الطلاق، ثم ينضم هذا الطلاق إلى ما سبق من الطلاق الثاني بالخلع فيعملان في إزالة ملك اليد عند انقضاء المدة، مثل الطلاق الثاني، وبعد الطلاق الرجعي ينضم إليه فيعملان في إزالة ملك النكاح عند انقضاء العدة، هذا نهاية الإمكان وأحسن الطريقين. قالوا: وليس كالظهار حيث لا يصح بعد الخلع؛ لأنه للتحريم فحسب وهي محرمة، وهذا لأن الظهار مُنكَرٌ من القول وزورٌ، فيكون في نفسه جناية ومعنى المنكر والزور أنه

(١) في (ز): لأنه.

شبّه المحلّلة بالمحرِّمة وجعلها مثلها، وهو كاذب قطعًا، فالشرع حرّمها عليه إلى أن يكفِّر مع بقاء الملك، وجعل ذلك شبه[1] مؤاخذة بالكذب وارتكابه هذا المنكر وهذا المعنى لا يوجد بعد الخلع؛ لأنه صادق في مقاله[2] لأنها بالخلع قد صارت عليه كظهر أمه في التحريم (في الحال)[3]، وإذا كان صادقًا لم يثبت في حقه حكم الكذبة ومرتكبي الزور.

قالوا[4]: وأما الكنايات من قوله: «أنتِ بائن وأنتِ حرام»، وشبهه فهي تسمِّي كنايات عن الطلاق على سبيل المجاز لا على طريق الحقيقة على ما سنُبين في مسألة الكنايات ونقول: إن هذه الألفاظ عاملة بأنفسها[5] على قضايا معانيها والطلاق يقع بطريق الاقتضاء على ما يأتي من بعد، وإذا ثبت هذا فقوله: «أنتِ بائن» قضية[6] لغة قطع الوُصلة، وقوله: «أنتِ حرام» قضية لغة إثبات الحرمة ولا وُصلة بعد الخلع حتى تقطع ولا حِلّ حتى يحرم فلغا هذا الكلام بهذا الوجه، أما في مسألتنا فعمل الطلاق شرعًا ما بيّنا وقد وجد محل العمل، وربما يقولون: «أنتِ بائن وأنتِ حرام»، إخبار وهي[7] صحيح بعد الخلع؛ لأنها كذلك فلم يغيّر إلى الإيقاع وإذا كان إخبارًا عن شيء موجود صح الكلام ولم يُغيِّر إلى الإيقاع لتصحيحه، وأما في حال قيام النكاح وهو[8]

(١) في (ز): شبهه.
(٢) في (ز): مقابلته.
(٣) ليست في (ز).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): بنفسها.
(٦) في (ز): قضيته.
(٧) في (ز): وهو.
(٨) في (ز): فهو.

غير صحيح خبرًا فغُيّر إلى الإيقاع لتصحيحه، وأما لفظ الطلاق فهو مغيِّر شرعًا إلى الإيقاع وإذا كان إيقاعًا نظرنا إلى عمله في الشرع، فوجدنا عمله ما بيّنا ووجدنا بعد الخلع محل عمله (فلهذا يصح)[1] إيقاعه. وقد قال بعض مشايخهم: إنه أحق الناس بنكاحها فيلحقها ما بقي من طلاقها[2].

يبينه: أنه لما كان أحق الناس بها دل ذلك على بقاء النكاح من وجهٍ، لأن الملك ليس هو إلا اختصاص الإنسان من بين سائر الناس مثل ما يختص الإنسان بثوبٍ أو عبدٍ.

۞ الجواب:

أما قولنا: إن الطلاق مشروع لإزالة النكاح وفي مسألتنا لَا نكَاحَ[3] وهو صحيح على ما سبق والعلة التي قالوها ممنوعة، وأما المسائل[4]، قلنا: أما المسألة الأولى: فالطلاق الثاني مزيل وقد وجد محل العمل (قائمًا وهو النكاح)[5].

قولهم[6]: إن الطلاق الأول علة تامة.

قلنا: وإن تمت فالثانية أيضًا صحت لما بيّنا ثم زوال النكاح عند انقضاء

---

(١) في (ز): قائمًا فصح.
(٢) في (ز): طلاقه.
(٣) في (ز): فهو.
(٤) في (ز): المسألتان.
(٥) ما بين القوسين ليست في (ز).
(٦) في (ز): وأما قولهم.

العدة يضاف إليها[١].

قولهم: كيف يوجد علتان كاملتان مترادفتان لشيءٍ واحدٍ؟ قلنا: فلِم[٢] لا يجوز، ويجوز[٣] حصول الشيء بعلةٍ واحدةٍ، وبعللٍ وليس له مانع كما لو ظَاهَرَ ثم ظَاهَرَ، وعلى أنا نقول لما قام الدليل على صحة الطلاقين لحصولهما في نكاح[٤] فجعل في حق كل طلاق كأنّ النكاح زال به وليس طلاق[٥] (وكما لو قَتَلَ جماعةٌ واحدًا)[٦] فجرح كلّ واحدٍ علة تامة فيجعل في حق كل واحد منهم كأن القتل حصل بفعله ليس معه غيره، وكالظهار[٧].

فإن قالوا: على الظهار (يصح الثاني)[٨] لأجل الكفارة.

قلنا: موجب الظهار التحريم[٩] لا الكفارة، وإنما (يؤقتُ بالتكفير)[١٠]، فإن قالوا: يجوز أن يكفّر عن الأول فَظَهَرَ عملُ الثاني، ولا يتصوّر ظهور عمل الطلاق الثاني وارتفاع الأول بحالٍ، فإن قلنا لم يكن ثبوت الحرمة بالظهار الثاني موقوفًا على التكفير عن الأول بل يثبت في الحال بدليل أنه لو كفّر

---

(١) في (ز): إليهما.
(٢) في (ز): وَلِمَ.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): نكاح قائم.
(٥) في (ز): معه طلاق آخر.
(٦) في (ز): مثل الجماعة يقتلون رجلًا.
(٧) في (ز): وكالظهارين.
(٨) في (ز): الظهارين صح.
(٩) في (ز): هو التحريم.
(١٠) في (ز): يتوقف في الثاني على التكفير.

عنهما معًا معًا[١] صح، وأين[٢] ظهور عمل الثاني؟ دل أن المعنى ما بيّنا.

وأما المسألة الثانية، قلنا: قد انعقد الطلاق مزيلًا للإزالة[٣] إلا أنه عَرَضَ عارض الرجعة فيمنع من العمل.

وقولهم: فَلِمَ بقي الطلاق؟.

قلنا: السبب لا ينعقد إلا بحكمه [٢٢٩/ب] (أما بقاؤه)[٤] يكون لعدم القاطع، وعلى أن لبقائه فائدة، وهو[٥] أنه يتوهم أن يطلق ثانيًا فإذا انقضت العدة يكون زوال النكاح بطلاقين، ألا ترى أنه لو طلّق الثلاث[٦] ظَهَرَ عمل الثلاث في التحريم الحاصل بالكل بالإجماع[٧]، وإذا ظَهَرَ الجواب عن هاتين المسألتين سهل الكلام في باقي[٨] المسألة فنقول على قولهم: إن عمله إزالة الحِلّ عن المحل كلام في غاية الضعف؛ لأن الطلاق يعمل في الثابت بالنكاح ولم يكن حل المحل هو الثابت بالنكاح[٩]، بل ثبت بأصل الخِلقة وكونها أنثى من بنات آدم، والثابت بأصل الخِلقة كيف يزول[١٠] بالطلاق؟،

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): وإن منع.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): أما عدمُ انقطاعه.
(٥) في (ز): فإنه.
(٦) في (ز): الثالثة.
(٧) زيادة من (ز).
(٨) ليست في (ز).
(٩) في (ز): بالنكاح فقط.
(١٠) في (ز): يُزال.




وأيضًا ينبغي إذا قال: «أنتِ طالق»، وَنَوَى إزالة الحِلّ عن المحل يثبت ويقع الثلاث اقتضاءً، وعندهم: لا يقع، وينبغي أن يقع الطلاق عند انقضاء العدة؛ لأن حل المحل قائم، وهو أهل للطلاق، وبقي بعض الطلاق في هذه الصورة، ألا ترى أنه لو راجعها كانت بما بقي عنده من الطلاق، والاختصاص الذي بعده[1] في الأجنبيات أيضًا موجود في هذه الصورة بدليل بقاء الطلاق وفصل الابتذال الذي اعتذروا به عن الأجنبيات لا يرد على هذه الصورة.

وأما قوله تعالى: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾[2].

قلنا: هذا عندنا غير معقول المعنى ولا معقول العلة لما بيّنا أن الطلاق عمله في الثابت بالنكاح، ولأن صيغة الطلاق لا تدل إلا على حَلّ من قيدٍ أو إطلاقٍ من حبس (وليس يدل على زوال الحِلّ عن المحل بحال)[3]، وأما فصل ملك اليد وادّعاء بقاء النكاح من وجه فقد سبق الكلام في مسألة نكاح الأخت في عدة الأخت، والخلع قاطع للنكاح من كل وجهٍ.

وأما الحبس فثبت[4] شرعًا لا لأجل بقاء النكاح وفي حال بقاء النكاح ثبت الحبس لمصلحة الإنسان[5]، والقياس أن لا يثبت، ولا نقول هو ملك يد؛ لأن ملك النكاح لا يعرف إلا في الاستيفاء (فحسب مثل ملك القصاص

---

(١) في (ز): يقول.

(٢) سورة البقرة، آية: ٢٣٠.

(٣) في (ز): فأما زوال الحل عن المحل فليس يدل عليه بحال.

(٤) في (ز): فإنه يثبت.

(٥) في (ز): الأنساب.

لا يُعرف إلا في الاستيفاء)[1] فلا يقال في القصاص ملك يد على مَنْ عليه القصاص، كذلك هاهنا ثم يدخل على ما قالوه المعتدة عن (الوطء بالشبهة أو في النكاح الفاسد)[2]، لا يملك الطلاق عليها وملك اليد الذي زعموه موجود فإن قالوا: هناك لم يسبق نكاح يملك به الطلاق ويبقى ببقاء ملك اليد بخلاف مسألتنا.

قلنا: هذا مجرد تمني فينبغي أن تقولوا وجود[3] ملك اليد يملك الطلاق؛ لأنه إذا كان يبقى به ملك الطلاق وجب أن يقبل[4] ملك الطلاق بنفسه، وهذا فصل معتمد على ملك اليد، وأيضًا فإنا قد بيّنا أن الطلاق يعمل في الثابت بالنكاح فإذا[5] كان لا يتصوّر (أن يثبت)[6] ملك اليد في النكاح مقصودًا لم يتصوّر عمل الطلاق في إزالة ملك اليد مقصودًا لكن إذا ثبت ملك اليد تبعًا يزول (ملك اليد)[7] تبعًا.

وأما فصل الكنايات فسنذكر الكلام على ما قالوه في مسألة الكنايات، وعلى أن لفظ البائن إذا كان لقطع الوصلة فالطلاق للإطلاق وهي مطلقة فلا إطلاق، وأما العذر الثاني الذي قالوه قلنا: إذا ثبت لنا أن هذه الألفاظ كنايات عن الطلاق فكما أن صيغة الإخبار في قوله: «أنتِ طالق» قد صار في الشرع

---

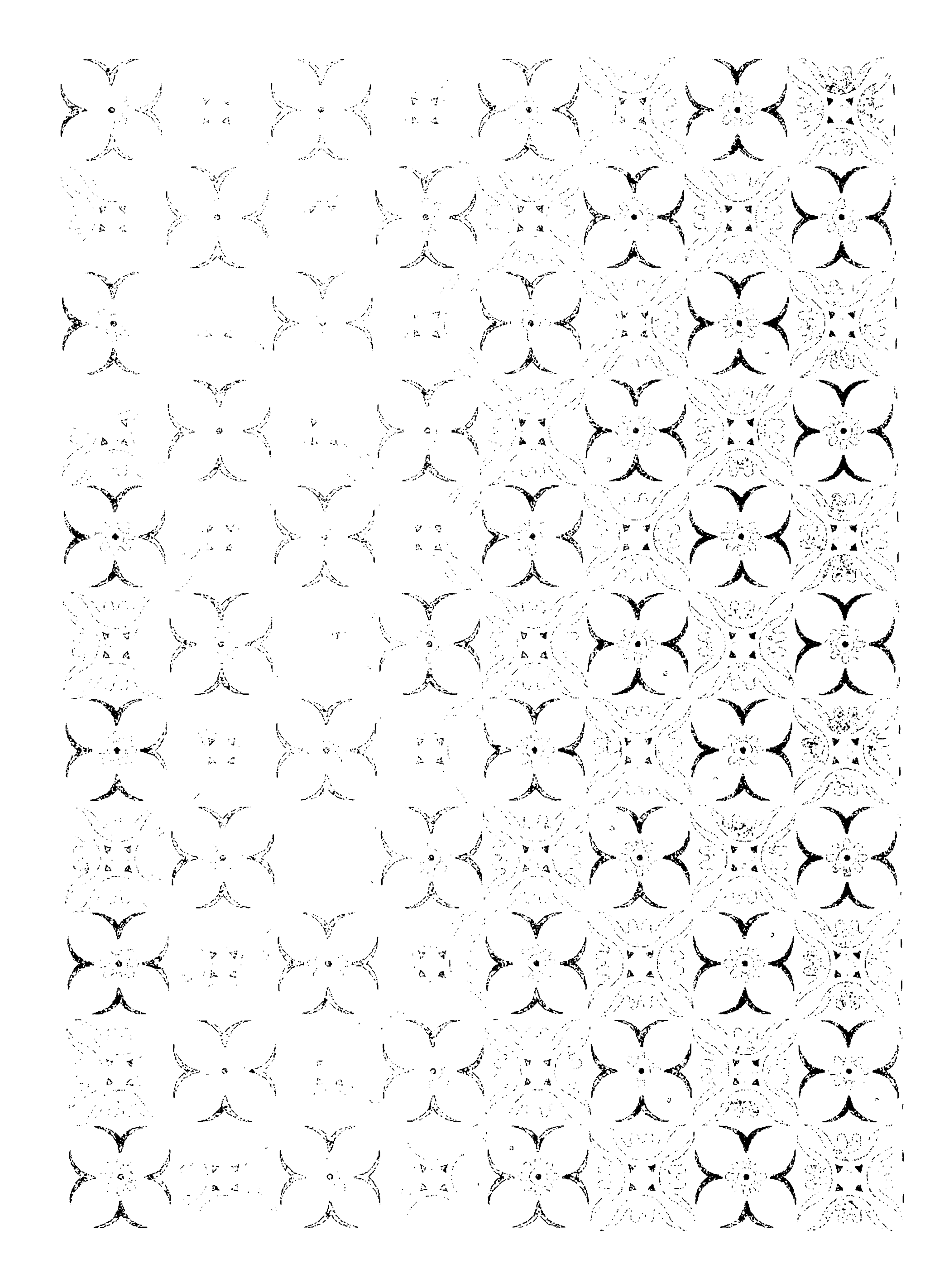
(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): وطء بشبهةٍ أو في نكاح فاسدٍ.
(٣) في (ز): لوجود.
(٤) في (ز): يفيد.
(٥) في (ز): وإذا.
(٦) ليست في (ز).
(٧) ليست في (ز).




للإيقاع فكذلك[١] قوله: «أنتِ بائن، وأنتِ حرام» يكون كذلك، وأما فصل الاختصاص بنكاحها، فليس بشيء، ويدخل عليه الموطوءة بالشبهة ونصوّر فيما لو وطئها الزوج بالشبهة[٢] في حال العدة في خلعٍ وقد مضى قرؤان بقى[٣] قرؤ ثم مضى القرؤ الثاني وجعلت[٤] في القرؤ[٥] عن العدة بالشبهة، وعلى أن المنع من الأزواج ليس لبقاء النكاح من وجهٍ كما سبق لكن لأنها مشغولة بمائه، وإنما يُمنع ماؤه عن ماء غيره لئلا يختلط به، (ويشتبه)[٦] النسب، فإما أن يمنع ماؤه عن الاختلاط بمائه فلا، ألا ترى أن في الموطءة بالشبهة[٧] كان هذا الحكم هكذا وهو أنها تحل للواطئ ولا تحل لغيره للمعنى الذي بيّنا[٨] ولم يدخل هذا الاختصاص على وجود النكاح بوجهٍ ما. والله أعلم.



(١) في (ز): كذلك.
(٢) في (ز): بشبهةٍ.
(٣) في (ز): وبقى.
(٤) في (ز): وحملت.
(٥) في (ز): القرؤين.
(٦) في (ز): فيشتبه.
(٧) في (ز): بشبهةٍ.
(٨) في (ز): بيناه.






كتابُ الطَّلاق

※ (مَسْأَلَة):

تعليق الطلاق[١] بالنكاح عندنا باطل[٢]، وكذلك تعليق العتق بالملك[٣].

وعندهم: [٢٣٠/أ] جائز[٤].

❖ لنا:

حديث معاذ أن النبي عليه السلام قال: (لا طلاق قبل النكاح، ولا نذر فيما لا يملكه ابن آدم)[٥] وروى الأصحاب أن عبد الله بن عمر أراد أن يتزوّج

---

(١) الطلاق: في اللغة: ازاله القيد. وفي الشرع: ازاله ملك النكاح. ينظر: التعريفات ص١٤١.

(٢) النكت: ورقة ٢١٦/أ، المهذب: ٧٨/٢، معالم السنن للخطابي: ٦٤٠/٢، روضة الطالبين: ٦٨/٨.

(٣) النكت: ورقة ٢١٦/أ، روضة الطالبين: ١١٤/٨.

(٤) الأسرار: ٣٠٢/٢، عارف حكمت، المبسوط: ١٢٧/٦، رؤوس المسائل: ص ٤٠٧.

(٥) رواه أبو داود في سننه: ٦٤٠/٢ مع العالم، رقم ٢١٩٠، ٢١٩٠، ٢١٩٢.
والترمذي في سننه: ١٤٧/٥ مع العارضة، وقال: «حديث حسن هو أحسن شيء».
روى في هذا الباب. ا. هـ عن عمرو بن شعيب بن جده.
وابن ماجه في سننه رقم (٢٠٤٧).
والدارقطني في سننه: ١٤/٤ عن معاذ.
والبيهقي في سننه: ٣٢٠/٧ عن معاذ.

امرأة فزادوه[١] في صداقها فقال: إن تزوّجتها فهي طالق، فرفع إلى النبي ﷺ فقال: (لا طلاق قبل النكاح)[٢]، وهذا إن ثبت فهو نص في عين الخلاف.

وأما الكلام من حيث المعنى نقول: اليمين في مسألتنا عقد طلاق فلا يسبق النكاح.

دليله: الإيقاع. ونعني بقولنا «أن اليمين عقد طلاق» هو أن موجبه الطلاق عند وجود الشرط، وهو مثل البيع بشرط الخيار، يوجب التمليك عند سقوط الخيار، وهو في الابتداء عقد تمليك وإن تراخي الملك، فكذلك هاهنا هذا العقد في الابتداء عقد طلاق وإن تراخي الطلاق، وهذا لأن اليمين عقد مشروع فلابد له من حكم مشروع وحكم[٣] المشروع هو الطلاق عند وجود الشرط، وهذا مثل (ما قال)[٤] أصحابنا: إن اليمين بالله موجبها الكفارة عند الحنث فكما أن اليمين بالله ﷻ سبب الكفارة، فكذلك في مسألتنا هذا اليمين سبب الطلاق، وأعلم بأنهم يمنعون الوصف ويقولون ليس اليمين في الحال لعقد[٥] الطلاق ولا هو سبب الطلاق، وكذلك قالوا في اليمين بالله ﷻ ليس بسبب الكفارة وإنما موجب اليمين البرِّ، والبرِّ في مسألتنا هو الامتناع عن دخول الدار إذا حلف (عن دخول)[٦] الدار، وجعل الطلاق جزآءً له، والامتناع من النكاح إذا حلف على النكاح وجعل الطلاق جزاءً له، وكذلك

(١) في الأصل: فزاوده.
(٢) كذا أورده المؤلف، ولم أجد مَنْ خرَّجه في مظانه.
(٣) في (ز): حكمه.
(٤) في (ز): مما قاله.
(٥) في (ز): عقد.
(٦) في (ز): على الدخول.




قالوا في اليمين بالله على ما عرف في كتاب الأيمان، ولهذا المعنى قالوا: لا يجوز التكفير قبل الحنث[١].

وقالوا: لا تنعقد يمين[٢] الغموس، قالوا: ليس بيمين أصلًا. ونحن نقول: السببية لا يمكن منعها وذلك لأن صيغة الطلاق قوله: «أنتِ طالق»، وقد وُجد هذا اللفظ بصيغته في اليمين وهو يصير طلاقًا في ثاني الحال غير أنه تراخي كونه طلاقًا عن الحال، بحكم التعلق فتراخي موجبه لا يمنع أن يكون سببًا في الحال، وهذا مثل الجرح فإنه سببٌ للقتل[٣]؛ لأنه يصير قتلًا في ثاني الحال، فحكم بكونه سببًا له في الحال، وكذلك ملك النصاب هو يصير موجبًا للزكاة في ثاني الحال فحكم بكونه سببًا له في الحال حتى جاز إخراج الكفارة بعد الجرح قبل الموت، وجاز إخراج الزكاة بعد ملك النصاب قبل مضي الحول، وكذلك البيع بالخيار، والاعتبار بالجرح وملك النصاب أولى، لأن الملك في البيع بشرط الخيار يستند إلى أول البيع، وفي مسألتنا الطلاق لا يستند إلى أول اليمين إلا أن يمنع الاستناد في البيع فيكون مثل مسألتنا سواء، يزيد ما قلناه إيضاحًا أن الطلاق لابد له من فاعل الطلاق[٤]، مثل القتل لابد له من فاعل القتل[٥]، ولا فعل منه في القتل سوى الجرح كما لا فعل منه له في الطلاق سوى اليمين، فقد تَمّ من قبله ما يصير به مُطلقًا في ثاني الحال، كما أنه قد تَمّ من قبله ما يصير به قتلًا في ثاني الحال، فاستويا

(١) عند الحنفية.
(٢) في (ز): اليمين.
(٣) في (ز): القتل.
(٤) في (ز): للطلاق.
(٥) في (ز): للقتل.

من هذا الوجه. ويمكن أن يقال أن الطلاق على تمامه قد وجد في جانب الرجل بهذا القول؛ لأنه لا يتصوّر منه معنى سوى هذا في هذا العقد الذي يقع به الطلاق في ثاني الحال إلا أنه ليس بطلاق في حق المرأة، وإنما يصير طلاقًا في حق المحل عند وجود الشرط ولهذا المعنى أُعتبرت الأهلية في جانب الرجل من العقل عند اليمين، واعتبرت المحلية عند الشرط فيه، وهذا مثل الرمي فإنه بالإصابة حَلّ الصيد على أصلهم بالرمي قد تَمّ السبب من قبل الرامي حتى أنه لو كان مسلمًا عند الرمي مرتدًا عند الإصابة حل الصيد على أصلهم، وكذلك مَنْ كان مرتدًا عند الرمي مسلمًا عند الإصابة لم يحل، فعلى هذا هو مُطلِّق باليمين فيما رجع[1] إلى جانبه غير مطلّق فيما يرجع إلى جانب المحل والطلاق قبل النكاح باطل لأنه تصرف يستفاد بالنكاح فلا يملك قبل النكاح أو لأنه تصرف في محل لا يملكه أو قَطَعَ نكاحًا غيرَ ثابتٍ له[2]، وهذا كله باطل.

۞ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: عقد يمين فلا يشترط في صحته وجوده ملك النكاح.

دليله: اليمين بالله والوصف مسلم، إجماعًا، ولأن اليمين بالله يمينُ قسمٍ وهذا يمينُ شرطٍ وجزاءٍ واليمين على ضربين بالاتفاق، وهذا لحقيقةٍ: وهي أنه باليمين عقد على نفسه في المنع. أما منع نفسه عن النكاح أو الدخول أو [٢٣٠/ب] منع المرأة أن عَقَدَ على دخولها لأن حقيقة اليمين أن يقول: «لا

---

(١) في (ز): يرجع.
(٢) ليست في (ز).

أتزوجك فإن تزوجتك فأنتِ طالق» ، وقصده منع نفسه من[(١)] التزويج ، وكذلك في الدخول معنى الكلام «لا أدخل وإن دخلتُ فأنتِ طالق» ، قصده منع نفسه من[(٢)] الدخول ، وإذا ثبت أن اليمين معقودة على المنع فلا يشترط لها محل سوى نفسه ؛ لأنه يعقد على منع نفسه عن الفعل ، وإذا وُجد محل اليمين وهو من أهل اليمين انعقد قطعًا . وربما حرروا وقالوا: تصرف من أهله في محله ، فصح منه كسائر التصرفات ، قالوا: ولا يجوز أن يقال أنه طلاق ؛ (لأنه لما ثبت أنه يمين لا يكون طلاقًا)[(٣)] ؛ لأن محل اليمين غير محل الطلاق ، فإن محل اليمين نفس الحالف ومحل الطلاق نفس المرأة وإذا اختلفا محلًا اختلفا تصرفًا ، ولأن الطلاق كلام من شخص يتصل بالمحل وهو المرأة ويعرف الاتصال بوقوعه فما لم يتصل لا يكون طلاقًا مثل الرمي لا يكون جرحًا ما لم يتصل بالمحل ، فقبل الاتصال لا يكون جرحًا ، كذلك هاهنا قبل الاتصال لا يكون طلاقًا ، ولأن هذا الكلام لو أرسل يكون طلاقًا فإذا لم يُرسل ويُركّب على غيره صار شيئًا آخر (مثل الغزل إذا تركّب صار شيئًا آخر)[(٤)] ، فإن الثوب غير الغزل ، كذلك الطلاق إذا ركّب (على الشرط)[(٥)] كان غير الطلاق فإذا انتقض التركب في الثوب كان غزلًا (ولم يكن قبله غزلًا)[(٦)] فكذلك[(٧)] إذا انتقض التركب في اليمين بوجود الشرط كان طلاقًا ، ولم يكن قبله طلاقًا .

---

(١) في (ز): عن.
(٢) في (ز): عن.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٥) في (ز): على غيره وهو الشرط.
(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٧) في (ز): وكذلك.

وربما يقولون: الطلاق معلق فَمَا لم ينزل لا يكون طلاقًا، قالوا: وليس بيمين بالطلاق أيضًا ما بيّنا من قبل إنما هو يمين بكلامٍ ليصير طلاقًا في ثاني الحال، لأنه إذا لم يمكن[1] قوله: أنتِ طالق طلاقًا قبل الوقوع لم يكن اليمين يمينًا بالطلاق.

قالوا: وليس بيمين[2] بسبب الطلاق أيضًا لأن اليمين لما كانت معقودة على المنع فليس لها موجب سوى البرِّ فصارت اليمين سببًا موجبًا للبرِّ، وليس لها موجب سواه أصلًا مثل اليمين بالله ليس لها موجب سوى البرِّ.

وحرفهم: أنه لما كان محل اليمين هو نفسه لم يجز أن يكون سببًا للطلاق الذي محله المرأة، إلا أنه إذا انتقض اليمين الآن صار سببًا مثل اليمين بالله إذا حنث فيها صارت الآن سببًا للكفارة، وقالوا: نبين ما قلنا: إن كلمة «إن» دخلت على السبب فأخرت السببية مثل قول القائل: «إن زرتني زُرتُك»[3]، وبيان أنها دخلت على السبب أنه قال: «إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق» فتأخر قوله: «أنتِ طالق» (إلا بوجود)[4] الدخول وليس كالبيع بشرط الخيار، لأن كلمة الشرط ما دخلت على البيع؛ لأنه لم يقل: «إن دخلت الدار فقد[5] بعتك»، إنما قال: بعتُك على أن لي الخيار، فدخلت كلمة الشرط على الحكم فعملت في تأخيره، وفي مسألتنا دخلت الكلمة على السبب فعملت في تأخيره، والدليل على اختلاف التعليق في الطلاق وشرط الخيار

(١) في (ز): يكن.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): أن تزرني أزرك.
(٤) في (ز): إلى وجود.
(٥) ليست في (ز).




في البيع أن الطلاق يقبل التعليق ولا يقبل الخيار، والبيع يقبل الخيار ولا يقبل التعليق، ولو كان السبب يوجد في الموضعين ويتأخر الحكم لاتفق الموضعان إما في قبول التعليق والخيار، أو عدم القبول.

وقال بعضهم: إن سلمنا أنه يمين بالطلاق أو سبب الطلاق فاليمين بالشيء غيره مثل اليمين بالله غير الله وسبب الطلاق غير الطلاق، فلم قلتم: إذا لم يصح الطلاق في هذه الصورة لم يصح اليمين به (وسببه)[1].

قالوا: وأما وجوب الضمان على شاهدي اليمين لأنه يصير سببًا عند وجود الشرط وشهود اليمين هم الذين[2] شهدوا على ما صار سببًا لا شهود الشرط فلهذا اختصوا بالضمان، وأما اعتبار الأهلية عند اليمين لأن ذلك الكلام المذكور يصير طلاقًا في ثاني الحال، والجنون ينافي أهلية الكلام ولا ينافي أهلية الطلاق، إذا كان من غيرِ كلامٍ منه. ألا ترى أن المجنون إذا كان مجبوبًا يفرق القاضي بينه وبين زوجته، ويكون طلاقًا[3] في المجنون (هذا آخر)[4] طريقتهم[5] المعتمدة في المسألة.

واستدل كثير من مشايخهم بفصل النذر والوصية وصورة النذر، إذا قال: «لله عليّ أن أعتق عبدًا»، وَلَا عَبْدَ لَه، ثم مَلَكَ عبدًا يلزمه، وكذلك إذا قال: «إن ملكتُ هذا العبد فلله عليّ أن أعتقه» فإنه يصح، فإذا مَلَكَهُ يلزمه

---

(١) ليست في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): من.
(٤) في (ز): هذه أحد.
(٥) في (ز): طرقهم.

إعتاقه، وكذلك الوصية تصح في هاتين الصورتين قبل الملك، وذلك بأن [٢٣١/أ] يوصي بثلث ماله وليس له شيء، أو يقول: «إن ملكتُ هذا العبد فهو وصيّة لفلان».

❁ **الجواب:**

أما قولهم: هو يمين.

قلنا: بلى، ولكن يمين هي[١] سبب الطلاق، واعلم أنه لا يجوز أن يُدّعى وجود التطليق لما ذكروا[٢] من الكلمات، فإنها قوية معتمدة، ولكن ندّعي أنها سبب الطلاق فيوجد الطلاق من بعد مثل الجرح سبب القتل فيوجد القتل[٣]، وهذا أصل للشافعي في الأيمان، وإن ادّعى مدّعٍ وجود التطليق في الحال فينبغي أن يُدّعى وجوده في جانب الزوج خاصة على ما سبق وهو كلام معتمد، يمكن تمشيته. وغاية ما يقولون على هذا أنه إذا لم يكن طلاقًا في جانب المرأة لا يكون طلاقًا في جانب الزوج، وفيما قلنا جواب عن هذا، وأما الذي قالوه: إن اليمين موجبة البرِّ وهو منع نفسه عن الفعل المحلوف عليه، فليس كذلك، لأن الفعل المذكور لا يكون ممنوعًا عنه في الشرع، ولئن جاز أن يقال ذلك في اليمين بالله لحفظ حرمة الاسم (فلا يجوز)[٤] أن يقال في مسألتنا لأنه لا اسم إنما هو مجردُ تعليق حكمٍ بشرطٍ.

يدل عليه: أنه لو كان اليمين موجبها المنع لكان ارتكاب الفعل هتكًا

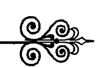
---

(١) في (ز): هو.

(٢) في (ز): ذكرناه.

(٣) في (ز): القتل من بعد.

(٤) في (ز): لم يجز.




ولو كان هتكًا لقوبل بالمؤاخدة، والطلاق ليس وقوعه على طريق المؤاخذة، وكيف يكون ثبوته بطريق المؤاخذة بالهتك، وإنما هو من نفس اليمين؛ لأن اليمين حقيقته في هذا الموضع شرط وجزاء فيكون الجزاء شطر[1] اليمين، وبعض اليمين كيف يكون مؤاخذه على الهتك الحاصل في اليمين، ألا ترى أن الكفارة لما إن[2] كانت مؤاخذة بالهتك كانت غير اليمين.

يبينه: أن تعليق الطلاق في معنى إضافة الطلاق إلى وقتٍ فإنه لا فرق بين أن يقول: «إن جاء الغد فأنتِ طالق»، وبين أن يقول: «أنتِ طالق غدًا» وهذا لأنه يذكر النكاح والدخول[3] وإن قصد منع نفسه لكن قصده منع نفسه باطل؛ لأنه قصد منع نفسه بتصرف مباح فعله من طلاقٍ أو عتاقٍ، وإنما يصح منع الإنسان نفسه بالتزام محظور مثل هتك حرمة الاسم، فأما التزام مباح فعله كيف يوجب منعه عن شيء؟ وإذا لم يصح أن يكون موجب اليمين المنع صار موجبها ما ذكرناه، أو[4] صار التعليق في معنى الإضافة، وأجمعنا على أن الإضافة سبب في المضاف إليه[5] بدليل أنه لو نَذَرَ أن يتصدق يوم الخميس فيتصدق يوم الأربعاء جاز لوجود السبب، وعلى أنا إن سلمنا أن موجب اليمين المنع فكلامنا قائم؛ لأنا نقول موجبه المنع في الحال، وموجبه الطلاق عند الدخول وهي[6] سبب فيهما، وهذا كالجراحة[7] موجبها[8] الأرش في

(١) في (ز): بعض.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): ويذكر الدخول.
(٤) في (ز): و.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): وهو.
(٧) في (ز): كالجرح.
(٨) في (ز): موجبه.

الحال وهو سبب لوجوب القصاص أو الدية عند الموت، وهذا واضح، وعلى هذا ينقطع كلامهم جملة. وإذا ثبت لنا السببية سقط جميع ما ذكروه[1] لأنا[2] لم ندع أنه طلاق فنقول على الاتصال بالمحل الذي اعتمدوا عليه: أنه لم يتصل بالمحل طلاقًا لكن اتصل به سببًا ونقول على قولهم: إنه تركّب على الشرط، قلنا: إنه تركّب عليه طلاقًا أما سببًا فلا، ونقول على قولهم: إن كلمة «إن» دخلت على السببية.

قلنا: لا، بل دخلت على كونه طلاقًا وقد تأخر كونه طلاقًا، وإنما وجد[3] في الحال سبب الطلاق.

وقولهم: لِمَ قلتم أن سبب الطلاق لا يسبق النكاح.

قلنا: لأن الطلاق تصرف مستفاد بملك النكاح والتسبب إلى الشيء تصرف فيه من حيث التسبب فلا يجوز قبل النكاح الذي يستفاد به.

يبينه: أن التسبيب إلى الشيء ينزل منزلة فعله من وجهٍ مثل التسبيب إلى القتل قتل من وجهٍ فيمنع منه كما يمنع من نفس القتل، وأما الذي تعلق به مشايخهم من فصل النذر والوصية، فلا نسلم صحة النذر في المعتق[4] وكذلك الوصية، وإنما موضع التسليم إذا أطلق إطلاقًا[5]، وفي مسألة النذر هو التزام في الذمة والذمة مملوكة له، وفي مسألة الوصية صحتها بخلاف

---

(١) في (ز): اعتمدوه.

(٢) في (ز): على أنا.

(٣) في (ز): يوجد.

(٤) في (ز): العين.

(٥) في (ز): ذلك إطلاقًا.

قياس العقود، ألا ترى أنه إذا علّق التمليك بزوال الملك ومثل هذا لا يجوز في موضعٍ مّا ولأنها إثبات الخلافة في الثلث فيكون تصرفًا على نفسه بإثبات الخلافة لنفسه ثم الملك يبتني عليه، وربما تعلق المخالفون بتعليق طلاق السُّنة بالطهر وجوازه، وإن كان[1] لم يجز وكان بدعة، ونحن نقول: الطلاق في الزمانين واحد والمملوك في زمان الطهر هو المملوك في [٢٣١/ب] زمان الحيض حتى لا يؤدّي إلى ملك ست طلقات، وإذا كان مملوكًا فقد تصرف في مملوك له إلا أن الكراهية وعدم الكراهية لمعنى تطويل العدة، وعدم التطويل على ما سبق. وقد تعلق كثير من أصحابنا بمسألة الزامية على مذهبهم وهي: أنه لو علّق طلاق أجنبية بدخول الدار ثم تزوّجها ودخلت الدار لم يقع شيء فلو صح تعليق الطلاق بالنكاح لوقع في هذه الصورة، و[2] إما لاعتبار عموم الزمان أو بتقدير النكاح تصحيحًا لليمين مثل ما قالوا[3]، فيمن قال لامرأته: «إذا طلقتُكِ فعبدي حر»، وهي أجنبية يقدر النكاح لتصحيح اليمين وهم يقولون: قد قام الدليل لنا[4] على صحة هذه اليمين على ما سبق، وأما في (هذه الصورة إنما لم يملك)[5]، لأن الجزاء غير مملوك له عند الشرط (ولابد من هذا لتصح اليمين، وإنما قلنا: إن الجزاء غير مملوك له عند الشرط)[6]؛ لأنه لم ينص على النكاح، فإذا لم ينص عليه حكّمنا الحال،

---

(١) في (ز): كان لو نجز.

(٢) ليست في (ز) وهو الأنسب.

(٣) في (ز): قالوه.

(٤) ليست في (ز).

(٥) في (ز): مسألة الدخول فإنما لم يصح.

(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).




فإنها أولى الأحوال وإذا حكّمنا الحال ففي الحال لا مُلَكَ فيصير الجزاء مفقودًا باعتباره وبناء اليمين عليه ولئن مُلِكَ إنما يملك بالنكاح، وهو غير منصوص عليه، ولا دلالة عليه.

قالوا: وعلى أنه يجوز أن يفرق النص والإطلاق، ألا ترى أنه لو قال لعبده: «إن دخلت الدار فأنت حر»، فدخل بعد موته لم يعتق عليه[1]، (ولو قال)[2]: «إن دخلت الدار بعد موتي فأنت حر»، فَدَخَلَ عَتُقَ، والجواب على هذا سهل للمتأمل، إلا أن الاعتماد على ما سبق، والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

إيقاع الطلاق الثلاث جملة غير مكروهة[3] عندنا[4].

وعندهم: مكروه[5].

لنا:

أن الطلاق الثلاث مشروع فلا[6] يكره إيقاعه جملة، دليله: طلاق الأربع من النساء وعتق العبيد، ودليل أنه مشروع قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): ولو قيّد فقال...

(٣) في (ز): مكروه.

(٤) الأم: ٥/١٨٠، النكت: ورقة ٢١٦/ب، المهذب: ٢/٨٠.

(٥) الأسرار: ٢/١٧٠/أ فيض الله، شرح معاني الآثار: ٣/٥٥، المبسوط: ٦/٤، رؤوس المسائل: ص ٤٠٨.

(٦) في (ز): فلم.

لِعِدَّتِهِنَّ﴾[1] وأقل مراتب الأمر الإباحة والمشروعية في[2] هذه الجهة، ولأن الطلاق الثلاث لإبطال النكاح (في الحال)[3]، وإبطال النكاح في الحال مشروع في البقاء، ألا ترى أن تركه جائز[4] في الابتداء فإن التَّعزب مباح، لا كراهية[5] فيه، كذلك إبطال النكاح واختيار التَّعزب فيكون مشروعًا أيضًا لأنه ذلك بعينه.

والدليل على أن ترك النكاح في الابتداء مشروع بحال[6] ما ذكرناه في مسألة التَّخلي في ابتداء النكاح[7]، ولا حاجة بنا إلى الإعادة، ومما يختص بهذه المسألة أيضًا لأنه ذلك لعينه، والمعتمد عليه هو: أن الطلاق ترك النكاح في هذه المرأة المتعينة وترك نكاحها مباح بدليل الابتداء، فإنه لو تَرَكَ نكاحها لم يلحقه كراهية ولا يوصف بترك سنةٍ، وهذا لأن الناس في النكاح على قولين منهم مَنْ قال[8]: ليس بسنة أصلًا إلّا بعارض، وهو عقد يشبه عقود المعاملات وهو المختار عندنا، ومنهم مَنْ قال: هو سنة إلا أنه يقول هو سنة لا في امرأة بعينه[9]، ولكن جنسه سنة، ويكره له التخلي على[10] الإطلاق،

(١) سورة الطلاق، آية: ١.
(٢) في (ز): من.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): مشروع.
(٥) في (ز): كراهة.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): كتاب النكاح. (أول مسألة في كتاب النكاح) ص ٥.
(٨) في (ز): يقول.
(٩) في (ز): متعينة.
(١٠) في (ز): عنه على.




والطلاق الثلاث إنما[1] يعمل في نكاح امرأة متعينة، وليس هو مما يتضمن ترك النكاح أصلًا، لأنه إن طلّق هذه يتزوج بأخرى، فربما لا يصل إلى الأخرى إلا بطلاق هذه.

يبينه: أنه إن تضمن ترك النكاح من وجهٍ فيتضمن فتح النكاح من وجه، وإذا لم يتضمن ترك النكاح أصلًا لم تتعلق به كراهية وهذا طريق معتمد.

❁ وأمّا حجّتهم:

قالوا: أصل الطلاق محظور بدليل قوله عليه السلام: (أبغض المباح إلى الله تعالى الطلاق)[2] وما يبغضه الله تعالى محظور قطعًا؛ لأنه تعالى لا يبغض المباح فعله.

يبينه: أنه أدنى آثار البغض هو الكراهية فلابد من إثبات هذا القدر، وأما لفظ الإباحة فعندنا هو مباح لعارض الحاجة على ما سنبين، قالوا: وقد روي (أحب المباحات إلى الله النكاح)[3] وإذا كان النكاح محبوبًا كان تركه

---

(١) في (ز): في مسألتنا إنما.

(٢) رواه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق رقم (٢١٧٨) عن ابن عمر، وابن ماجه في سننه رقم ٢٠١٨.

والحاكم في المستدرك: ١٩٦/٢، وابن أبي شيبة في مصنفه: ١٣٨/٦، والبيهقي في سننه: ٣٢٢/٧.

وقال الألباني في الآراء: ضعيف. ١٠٦/٧، وأطال في ذكر طرقه، قال الخطابي: «المشهور في هذا عن محارب بن دثار مرسل عن النبي ﷺ ليس فيه ابن عمر». ا. هـ. معالم السنن: ٦٣١/٢.

(٣) أورده الهندي في كنز العمال، وعزاه إلى مسند الفردوس للديلمي عن ابن عمر: ٦٦٣/٩، رقم (٢٧٨٧٩)، ولفظه: «ما أحل الله ﷻ حلالًا أحب إليه من النكاح».

بالطلاق مكروهًا؛ لأن ترك محبوب الله تعالى مكروه. وربما رووا أن النبي ﷺ قال: (تزوَّجوا ولا تطلقوا فإن (بالطلاق يهتز)[1] عرش الرحمن)[2]، قالوا: ولأن النكاح سنّة والطلاق إبطال النكاح وإبطال السنّة مكروه، بدليل سائر السنن، فإنه يكره إبطالها بالإجماع، ودليل أنه سنّة ما ذكرنا في مسألة ابتداء النكاح. وربما قالوا: إن النكاح جُوّز ضرورة والضرورة في إثبات الحِلّ، وأما اعتبار ملك النكاح فيما وراء الحِلّ فساقط، [٢٣٢/أ] لأن ما ثبت بالضرورة ثبت بقدر الضرورة، قالوا: وأما الطلاق الواحد (إنما أبيح رخصة عند الحاجة، وبيان الحاجة: إن النكاح عقد سكن وإلفة، والإلفة)[3] إنما توجد[4] بموافقة القلوب، والموافقة ربما لا تتفق بين الزوجين بل يكون تنافر وتباغض على ما شوهد في كثير من الأنكحة، فيعجزان عن إقامة حقوق النكاح لوقوع التنافر والتباين، فلو لم يفتح بابًا للخلاص عن النكاح وحقوقه انقلبت المصلحة مفسدة، وازداد التباغض والتنافر فإن القلوب النافرة تغتاض بردّها، وقد قال الله تعالى: ﴿لَوْ أَنفَقْتَ مَا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا مَّآ أَلَّفْتَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ وَلَٰكِنَّ ٱللَّهَ أَلَّفَ بَيْنَهُمْ﴾[5] فجاز الطلاق الواحد[6] رخصة بعلة الحاجة مع بقاء السبب الحاصل[7] مثل عقد المسلم من بين سائر العقود، ومثل حل

---

(١) في (ز): الطلاق يهتز له.

(٢) رواه ابن عدي في الكامل عن علي بن أبي طالب: ١٧٦٤/٥ في ترجمة عمرو بن جميع قاضي حلوان.
وقال المناوي في فيض القدير: ٢٤٣/٣: قال السخاوي: «وسنده ضعيف».

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٤) في (ز): يوجد.

(٥) سورة الأنفال، آية: ٦٣.

(٦) ليست في (ز).

(٧) في (ز): الحاضر.




الميتة للمضطر وهذه الحاجة ارتفعت بالواحد فلم يجز الزيادة عليه، وأما تقييد الإباحة بزمان الطهر إنما كان لأن الحاجة أمر باطن لا يمكن الوقوف عليه فلا يجوز بناء الشرع عليه، فأقيم زمان الطهر مقام الحاجة الباطنة، وإنما أقمناه مقامها؛ لأن زمان الطهر زمان شدة الرغبة إلى[1] النساء، فالإقدام على الطلاق في هذه الحالة دليل وجود[2] الحاجة فصار الطهر كأنه سبب الحاجة حيث كان زمان الحاجة من الوجه الذي بيّنا[3]، فالشرع أقام سبب الحاجة مقام الحاجة الباطنة، وأدار الحكم عليه مثل ما أقام استحداث الملك مقام الماء في وجوب الاستبراء، وكذلك أقام السفر مقام المشقة الباطنة في الترخص برخص المسافرين، وكذلك إذا قال لامرأته: «إن كنت تحبيني فأنتِ طالق، أو تبغضيني»، فقالت: «أنا أحبك أو أبغضك» وقع الطلاق، وقام الإخبار مقام حقيقة المحبة والبغض، قالوا: ولا جائز أن يقال: إن الحاجة غير موجودة[4] في الطلاق الثاني والثالث، ومع ذلك أبيح في الطهر الثاني والثالث، وذلك لأن الحاجة وإن انتفت لكن لما أقمنا الطهر مقام حقيقة الحاجة لم تعتبر الحاجة أصلًا وهذا كما قلنا[5] في الاستبراء فإنه لما أقيم استحداث الملك مقام الماء لم يعتبر الماء أصلا حتى لو اشترى جارية بكرًا من امرأة وجب الاستبراء، ولا ماء حقيقةً، وكذلك إذا قال لامرأته: «إن كنت تحبين نار جهنم فأنتِ طالق»، فقالت: «أُحب» وقع الطلاق، ولا محبة قطعًا،

(١) في (ز): في.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): قلناه.
(٤) في (ز): موجودة قطعًا.
(٥) ليست في (ز).

ولكن لما أقيم الإخبار مقام حقيقة المحبة والبغض، دار الحكم عليه، ولم يعتبر حقيقة الأمر، وأما تفريق الثلاث على الأطهار فإنما كان كذلك؛ لأن في كل قرء تجدد الطهر فصار تجدد الطهر كتجدد الحاجة.

قالوا: وعلى أن الأولى عندنا أن لا يزيد على الطلاق الواحد ويترك حتى تنقضي عدتها، وأما إذا رَجَعَ فنقيم تجدد الرغبة بالرجعة مقام تجدد الطهر، وكذلك النكاح الجديد بين كل طلاقين.

قالوا: وأما إذا طلّقها في حال الحيض كُرِه على الأصل[١]؛ لأن الحاجة لم توجد فإنه زمان قلة الرغبة، فلم يوجد ما يقوم مقام الحاجة وكره[٢] على الأصل وليست الكراهة لتطويل العدة، فإنه لا يباح برضاها ولو كان هذا لأبيح برضاها؛ لأنها صارت راضية بالضرر، فكذلك لا يباح الطلاق الثاني في الحيض ولا تطويل.

قالوا: وأما إذا طلّق في طهر قد جامعها فيه فلأن الإصابة تقلل الرغبة أيضًا فلا يمكن إقامة الطهر هاهنا مقام الحاجة فكره[٣] على الأصل.

❁ **الجواب:**

أما ادّعاء حظرية أصل الطلاق، فبعيد جدًا[٤]، لأنه مملوك بالإجماع والملك يطلق التصرف إلا أن يقوم دليل المنع، وأما الخبر فهو مرسَل هكذا

---

(١) في (ز): الإطلاق.
(٢) في (ز): فيكره.
(٣) في (ز): فيكره.
(٤) ليست في (ز).




ذكره أبو داود[1] وعلى أنه ﷺ سماه مباحًا، فيكون دليلًا عليهم من هذه الجهة ويجوز أنه ﷺ أطلق عليه اسم البغض؛ لأن الأولى أن لا يطلّق، ويصبر ليظهر بينهما الإلفة والاتفاق، وهذا مثل ما روى أنه ﷺ قال: (إن الله تعالى يبغض الصحيح الفارغ)[2]، وما روي أنه ﷺ قال: (إن الله تعالى يبغض الحبر السمين)[3].

وأما قولهم: إن النكاح سنّة.

(قلنا: لا)[4] نسلم ذلك، وقد بيّنا من قبل، وأجبنا جميع ما أوردوه بأجوبة قوية، وعلى أنا إن سلمنا أنه سنّة فليس بسنّة في امرأة متعينة[5]، (والطلاق إنما يعمل في امرأة معينة)[6]، واعتمادي على هذه الطريقة، وهي [٢٣٢/ب] في غاية القوة، وعندي أنه لا يَرِدُ عليها كلام به مبالاة، ثم يلزمهم الطلاق الواحد.

وقولهم: أنه أبيح للحاجة.

قلنا: كان ينبغي أن لا يباح ويؤمر بالصبر ليظهر الموافقة والإلفة أو كان يُباح الواحد[7] لا الثاني والثالث.

---

(١) سبق تخريجه: ص٣١٤ حاشية ١.

(٢) ينظر: المغني عن حمل الأسفار للعراقي: رقم ٣٣٧ ولفظه: «إن الله يبغض الشاب الفارغ»، وقال العراقي لم أجده.

(٣) اخرجه ابن جرير في تفسيره عن سعيد بن جبير ٢١٧/٧ مرسلًا (أثر)

(٤) في (ز): لسنا.

(٥) في (ز): معينة.

(٦) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٧) في (ز): الطلاق الواحد.

وقولهم: تجدد الطهر بتجدد الحاجة حكمًا.

قلنا: الحاجة منتفية قطعًا، وعلى هذا لا يمكن إدارة الحكم على الطهر؛ لأنه إنما يقام الطهر مقام الحاجة عند توهم الحاجة، كما يقام استحداث الملك مقام الماء عند توهم الماء، وفي الموضع الذي لا يوجد الماء[1] قطعًا لا يجب الاستبراء عندنا[2]، وإذا اشترى جارية بكرًا أو اشترى من أمّه فقد وجد توهم الماء ثم نقول في الطلاق الثلاث، قد وجد نوع حاجة وهو إسقاط النكاح جملة ليتوصل إلى أختها والخامسة[3] ويريد قطع طمعها عنه؛ لأنه يخاف عليه أن يَرِدَ (عليه أحدًا)[4] بنكاح جديد، ويقضي[5] قاضٍ بجوازه وصحته، ولا[6] يقع الخلاص وربما يريد أخذ المال وهي لا تبذل المال إلا بالطلاق الثلاث ثم نقول الطلاق الثلاث مشروع لقطع النكاح، ألا ترى أنه إذا وَقَعَ قَطَعَ النكاح وعندكم يكره لقطعه النكاح ولا يجوز أن يكره التصرف بحكم[7] المشروع له ولو جاز هذا لجاز في كل تصرف في العالم. وأما الطلاق في حال الحيض إنما كره لتطويل العدة عليها، وأما إذا رضيت فإنما لم يصح؛ لأن حق الشرع[8] يتعلق بهذا المنع فإن في العدة حقوق الله تعالى وإذا طالت يخاف وقوع الخلف في إيقاعها ولا يخاف عند القصر، وأما الطلقة

---

(١) في (ز): فيه الماء.
(٢) زيادة من (ز).
(٣) زيادة من (ز).
(٤) في (ز): إليه.
(٥) في (ز): جبرًا أو بقضاء.
(٦) في (ز): فلا.
(٧) في (ز): لحكمه.
(٨) في (ز): الله تعالى.

الثانية فإنها تؤكد التطويل ويظهر ذلك بالوصول إلى الثالث[1]، وأما الكراهية للطلاق في طهر قد جامعها فيه فهو بالنص غير معقول المعنى، وإن طلبوا المعنى فقد ذكرنا في التعليق أنه يؤدّي إلى الضرر، وأما الظواهر فقد ذكرنا[2] في كتاب البرهان. والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

الكنايات كلها رواجع عندنا[3].

وعندهم بوائن[4] إلا قوله: «اعتدي» و«استبرئي رحمكِ»، و«أنتِ واحدة»[5].

❖ لنا:

أن الواقع بالكناية طلاق وحكم الطلاق بعد الدخول أعقاب الرجعة، بدليل نص الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾[6] وبدليل قوله تعالى: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ﴾[7] إلى

(١) في (ز): الثالثة.
(٢) في (ز): ذكرناه.
(٣) الأم: ٥/٢٥٩، ٢٦٠، المهذب: ٢/٨٢.
(٤) الأسرار: ٢/١٧٨/أ فيض الله، مختصر القدوري: ٢/٤٣ مع الجوهرة، المبسوط: ٦/٧٣، رؤوس المسائل: ص ٤١٠.
(٥) مختصر القدوري: ٢/٤٣ مع الجوهرة، المبسوط: ٦/٧٣، تقع رواجع ولا يقع إلا واحدة.
(٦) سورة البقرة، آية: ٢٢٩.
(٧) سورة البقرة، آية: ٢٢٨.

أن قال: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾(١) وبدليل صريح الطلاق، والدليل على أن الواقع بالكناية طلاق أن الجهة المشروعة للأزواج في رفع النكاح هي(٢) الطلاق، أما عندنا فلأن الدليل لا يدل على شرع جهة أخرى، وعندهم: رفع النكاح مكروه، وربما يقولون محظور، وإنما أبيح الطلاق للحاجة، والحاجة قد ارتفعت بتمليك جهة الطلاق، فلا معنى لتمليك جهة أخرى.

ويدل عليه: أنه لابد من وقوع الطلاق إذا استعمل الكناية ولو لا أن الواقع طلاق وإلا لكان يستغني عمل الكناية عن وقوعه هذا دليل معتمد، وهذا لحقيقة: وهو أن النكاح عقد محترم، يوجب ملكًا محترمًا، وقد اختص من بين سائر العقود بتعدد الرافع له فإن الله تعالى ملّك الأزواج ثلاث طلقات ولو خُلينا والرأي لم يكن لتعدد الطلاق معنىً لأن الطلاق إذا كان لإسقاط ملك النكاح فالواحد منه كافٍ (للإسقاط)(٣) فليس لتعدده معنىً سوى أن النكاح ملك محترم فلحرمته لم يسلط الشرعُ الأزواج على إسقاطه برفعه وَقَرَنَ به خيار الرجعة، وجعل الطلاق المشروع لرفعه ذا عددٍ ليصير اقتران الرجعة به، وتعدده في نفسه دليلًا وعلامةً على حرمته وخطره في الشرع.

يبينه: أنه إذا تعدد رافعه ولم يستوف العدد لم يكمل الرفع(٤) وإذا لم يكمل الرفع(٥)، لم يرتفع فإنه إذا ارتفع بالواحد مثل(٦) ما يرتفع بالثلاث لم

(١) سورة البقرة، آية: ٢٢٨.

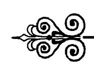
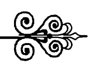
(٢) في (ز): هو.

(٣) في (ز): في الإسقاط.

(٤) في (ز): الرافع.

(٥) في (ز): الرافع.

(٦) في (ز): حسب.

يكن لمشروعية العدد في الطلاق معنىً وعندكم: ارتفاع الطلاق بالواحد البائن مثل ارتفاعه بالثلاث فلا يفترقان فيما يرجع إلى ارتفاع النكاح فإنه إذا قال لامرأته: «أنتِ طالق» بائن عندهم يرتفع النكاح في هذه الصورة، مثل ما يرتفع في صورة قوله: «أنتِ طالق ثلاثًا»، لا فرقان ألبتة، إنما يفترقان في معنىً يعود إلى المحل، وإذا كان يرتفع بالواحد في هذه الصورة مثل ما يرتفع بالثلاث فأيّ معنى في تمليك الثلاث.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الزوج مالك للإبانة[1] والمحل محل الإبانة وله ولاية التصرفات بالعقل والبلوغ [٢٣٣/أ] فوجب أن يملك إثباتها وتحصيلها؛ لأن الأصل أن التصرف متى صَدَرَ من أهله في محله لابد من حصوله وثبوته.

دليله: سائر التصرفات، والدليل على أنه مالك للإبانة إن ما قبل الدخول زمان هذا الملك، فكذلك بعد الدخول، وكذلك بعد انقضاء العدة وقت هذا الملك كذا ما قبل انقضاء العدة.

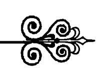
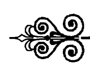
يبينه: أن البينونة محالة في الصورتين على قوله لا على عدم العدة، أو انقضاءها؛ لأن قوله هو المؤثر في ذلك. ويدل عليه: إذا خالع يصح وهو في الحقيقة إبانة بعوضٍ، فإذا مَلَكَها بعوضٍ يملكها[2] بغير عوض، إذ ليس لبذل العوض تأثير في تمليك ما لم يكن مالكًا له.

يبينه: أنه إذا كان الطلاق إسقاطًا فكيف يتصور اختلاف حصوله بالعوض

---

(١) في (ز): الإبانة.

(٢) في (ز): مَلَكَها.

وغير العوض؟، وأما من حيث المعنى فالدليل على أنه مالك للإبانة وجود مالكية النكاح للزوج وقبوله القطع[1] والإسقاط وأهلية الزوج لهذا الإبطال، والإسقاط وثبوت ولايته على هذا المحل ومتى اجتمعت هذه المعاني فلابد من الحكم بوجود ملك الإبانة.

قالوا: ولا يدخل على ما قلنا[2] التمليك بجهة الهبة قبل القبض حيث لا يملك[3] المالك مع ثبوت هذه المعاني لأن عندنا إنما امتنع الملك قبل القبض بإجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنهم قالوا لا تصلح الهبة إلا محوزةً مقبوضةً، ولو خُلّينا والقياس تُملك[4] إلا أنه تُرِكَ هذا الأصل في هذه الصورة بإجماع الصحابة رضي الله عنهم. وربما يقولون إنما لم يقع الملك قبل القبض في الهبة لأن إثبات الملك في الهبة قبل القبض يهدم أصلًا آخر من أصوله الشرع وهو إيجاب ضمان التسليم على المتبرع والمتبرع لا يجوز أن نلزمه بشيء لأنه ليس بعقد إلزام فلا يجوز إثبات إلزام فيما ليس بعقد الإلزام. وأما ملك قطع النكاح قد[5] دل عليه المعقول والمشروع ولا يؤدّي إثباته إلى خلاف أصل من أصول الشرع فوجب الحكم به وإذا ثبت أنه مالك للإبانة فإذا قال لها: «أنتِ بائن» فقد أوقع البينونة بلفظها وكذلك في سائر الألفاظ أوقعها بلفظٍ يدل عليها فوقعت وحصلت.

قالوا: وأما صريح الطلاق إنما عُدِلَ عن هذا الأصل فيه بنص الكتاب

(١) في (ز): للقطع.
(٢) في (ز): قلناه.
(٣) في (ز): يملكه.
(٤) في (ز): لملك.
(٥) في (ز): فقد.




والإجماع فتُرِكَ لذلك وبقي حكم هذه الألفاظ الآخر على أصل قضاياها ومواجبها.

قالوا: ولا يجوز أن يقال أن هذه الألفاظ كناية عن الطلاق لأنا لا نسلم ذلك، وإنما سُمّي[1] كناية على طريق المجاز، أو لاستتار معانيها واحتمالها.

قالوا: ولا نقول: إن نية الطلاق شرط بل المعتبر وجود دليل يصرف اللفظ عن سائر وجوه محتملاته إلى هذا الواحد؛ لأن لفظ البائن مشترك المعنى فلابد من دليل يعيّن هذا المعنى[2] من نيةٍ أو سؤال طلاقٍ أو نية بينونة عن النكاح أو تلفظ به ثم حققوا هذا الكلام.

وقالوا: إذا كانت الإبانة مملوكة له[3] كما قلنا وهذه الألفاظ دالة عليها لفظ الطلاق وغير لفظ[4] الطلاق فلماذا يملك البعض دون البعض أو يُعيّن لفظ واحد في الملك ويجعل الأخرى[5] كناية عنها بل حكمنا بملك الجميع وجعلنا الكل صرائح في مواجبها، ألا ترى أن البيع ينعقد بقوله: «بعتُكَ بالألف[6]» (فكذلك قوله)[7] «مَلَكتُكَ بالألف»[8] أو «جعلتُهُ لك» أو «هُو لَكَ» أو «أخرجتُه عني إليك» وكان الجميع عاملًا بأنفسها ولم يُجعل البعضُ

---

(١) في (ز): سُمّيت.
(٢) في (ز): الواحد.
(٣) ليست في (ز).
(٤) زيادة من (ز).
(٥) في (ز): الألفاظ الآخر.
(٦) في (ز): بألفٍ.
(٧) في (ز): كذلك بقوله.
(٨) في (ز): بألفٍ.

كناية والبعض صريحًا كذلك هذا.

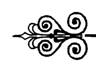
قالوا: ولا يجوز أن يقال أنه يلتحق قوله: «أنتِ بائن» بقوله «أنتِ طالق» في العمل لأنه إنما يلحق به في العمل إذا كان مثله[1]، فأما إذا تضمن هذا اللفظ زيادة معنىً لا يتضمنه لفظ الطلاق فلا يجوز أن يُلحق به ويجعل عملُه عملَه، وقد تضمن زيادة من وجوه: أحدها: أن الطلاق يوصف بالبينونة يقال: «طلاق بائن» وصحة وصفه تدل[2] على وجود زيادة معنى فيه؛ لأنه الطلاق لا يقتضي إلا الإطلاق والتخلية، وأما لفظ «البائن» فيضمن جزاءً وشقاءً يؤثر في المحل بإظهار عمل في عينه، وليس للتخلية والإطلاق عمل في عين المحل بحال؛ ولأن الطلاق لا ينافي النكاح بدليل أنه يطلق ويراجع ويبقى[3] الطلاق والبينونة لا يتصور بقاؤها مع النكاح. ألا ترى أنه إذا انقضت عدة المرأة أو خالع منها ثم تزوجها لم يتصوّر بقاء البينونة، وإذا ثبت وجود زيادة في لفظ البائن لم تُلحق بالطلاق المعدول به عن الأصول، وأجريت هذه الألفاظ على قضاياها ومواجبها.

قالوا: وأما وقوع الطلاق بطريق[4] الاقتضاء والضرورة لأن الواقع [٢٣٣/ب] طلاق.

وبيان أن[5] ثبوته اقتضاءً: أن الطلاق على ضربين: مُبين، وغير مُبين،

---

(١) في (ز): مثلًا له.
(٢) في (ز): بذلك دليل.
(٣) في (ز): فيبقى.
(٤) في (ز): به على طريق.
(٥) ليست في (ز).

فإذا قال: «أنتِ بائن» صارت البينونة مقتضية للطلاق المُبين، (لأنها لاتبين إلا بالسبب المُبين)[١]، فثبت السبب ضرورة والأصل[٢] الواقع هو البينونة، وكذلك إذا وصفها بالحرمة فإنها لا تثبت إلا بالسبب المحرم فثبت السبب اقتضاءً، قالوا[٣]: وأما إذا قال: «اعتدي» فإنما[٤] جعلناه رجعية[٥] بالنص، فإن النبي ﷺ قال لسودة بنت زمعة: (**اعتدي، ثم راجعها**)[٦]، وقوله: «استبرئي رحمك» في معنى قوله: «اعتدي».

(واعلم)[٧] أن الطلاق في هاتين المسألتين بإضمار قوله: «طلقتك»، «اعتدي»[٨]، و«استبرئي رحمك»، (فأضمرنا الطلاق)[٩]؛ لأنه أدنى من قوله: «أنتِ بائن»، لا[١٠] يصار إلى إضمار الأعلى، ما أمكن إضمار الأدنى، وكذلك في قوله: «أنتِ واحدة»، معناه «أنتِ طالق واحدة».

قالوا: وأما إذا قال: «أنتِ طالق ولا رجعة لي عليك أو على أن لا

---

(١) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٢) في (ز): أصل.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): إنما.
(٥) في (ز): رجعيًا.
(٦) أخرجه ابن سعد من حديث عائشة، وفيه: أنه بعث إليها بطلاقها، وفي بعض الطرق: «أنه قال لها: اعتدي»، و«الطريقان مرسلان». الإصابة: ٣٣٠/٤. طبقات ابن سعد: ٥٣/٨، ٥٤، وأخرجه البيهقي في سننه: ٣٤٣/٧، وقال في الإرواء: هو ضعيف. ١٤٦/٧.
(٧) في (ز): على.
(٨) في (ز): فاعتدى.
(٩) في (ز): فأضمر بالطلاق المطلق.
(١٠) في (ز): ولا.

رجعة لي عليك» فإنما[1] تثبت الرجعة في الصورتين إن سلمنا؛ لأنه قصد قطع الرجعة بدون مباشرة (سبب قطع الرجعة)[2] فلم يصح، وأما هاهنا باشر[3] سبب قطع الرجعة وهو بالتنصيص على (القطع و)[4] الإبانة فانقطع.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: إنه مالكٌ للإبانة.

قلنا: لا نسلم، أنه مالكٌ للإبانة في مثل هذه الصورة، والمعنيُّ بالصورة هو الإبانة بمجرد اللفظ بعد الدخول من غير قرينة عوضٍ أو استيفاء عددٍ.

والحرف الوجيز في هذا: أنه لا يملك إبانة[5] بقول: «أنت بائن» كما لا يملكها بقوله: «أنتِ طالق»، وعلى هذا سقط تعلقهم بما قبل الدخول وبما بعد[6] انقضاء العدة، ويملك الإبانة بعوضٍ فإن في هذه الصورة مَلَكَ بلفظ الطلاق.

يبينه: أنه إذا لم يُلحق ما بعد الدخول بما قبل الدخول وما قبل انقضاء العدة بما بعد انقضاء العدة، والخالي عن العوض بالمقترن بالعوض في لفظ الطلاق فمن أين يجب أنه إذا مَلَكَ الإبانة في هذه المواضع بلفظ الطلاق وَجَبَ أن يملك في غير هذه الصورة بلفظ الإبانة ولو أراد إثباتها بلفظ الطلاق

(١) في (ز): إنما.
(٢) في (ز): مبينة.
(٣) في (ز): فباشر.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): الإبانة.
(٦) في (ز): قبل.




لم يملك مع ملكه إياها في تلك الصور بلفظ الطلاق فاندفعت هذه المسائل جملة (على هذا)[1] الطريق. ويمكن أن يقال في هذه المواضع: قامت دلائل من غير اللفظ أوجبت الإبانة، أما في الطلاق قبل الدخول شبهية[2] الفسخ ولا يتصور رجعة مع شبهية[3] الفسخ، وأما بعد انقضاء العدة لظهور عمل الطلاق ولو لم يُجعل للرجعة مدة لم يظهر عمل الطلاق أصلًا وأما الخلع فلأنه بعوض وملك العوض في الحال دليل على ملكها نفسها في الحال ليتقابل المُلكان في المعاوضة، وهذا لأن الكلام في إبانة يملكها بمحض اللفظ.

وأما قوله[4]: إنه مالك النكاح[5] فيملك إزالته وإسقاطه.

قلنا: قد ملك إزالته وإسقاطه؛ لأنه إذا انقضت العدة فالإزالة محالة عليه.

فإن قالوا: وجب أن يملك إزالته في الحال.

قلنا: يملك باستيفاء الثلاث فإن قالوا: بالطلاق الواحد[6] وَجَبَ (أن يملك قلنا وَلِم قالوا: لأن اللفظ يدل على الإزالة في الحال؛ لأن البينونة واقعة فوجب)[7] أن يعمل في القطع.

قلنا: هذا الدليل عَارَضَه دليل آخر، يوجب تأخير الزوال وهو أن الواقع

---

(١) في (ز): بهذا.
(٢) في (ز): شبهة.
(٣) في (ز): شبهة.
(٤) في (ز): قولهم.
(٥) في (ز): للنكاح.
(٦) في (ز): الواجب.
(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).

طلاق وحكم الطلاق ما بينا، ومنعهم هذا في نهاية البعد؛ لأنه لو كان الواقع غير الطلاق وجب أن لا يحكم بحصول شيء منه ويقال بينونة بلا[1] طلاق.

وقولهم: اقتضاء وضرورة.

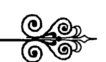
قلنا: أين دليل الاقتضاء وتتصور بينونة بلا طلاق.

وقولهم: إن الطلاق على ضربين: مُبين وغير مُبين.

قلنا: بل[2] هو ضرب واحد وليس على هذا التنويع دليل أصلًا بل هو ضرب واحد ويزيل في الحال، إن كان قبل الدخول ويزيل في ثاني الحال إن كان بعد الدخول ثم هذا الكلام اعتراف منهم إن[3] الواقع طلاق، وقولهم «مُبين» لابد عليه من دليل قاطع[4]، ولفظ الإبانة غير معتبر بعد أن يكون الواقع طلاقًا وحكم الطلاق ما بينا كما أن الطلاق للتخلية والإطلاق أو[5] لحل القيد وهذا المعنى إذا تحقق لا يبقى النكاح[6] أيضًا، ومع ذلك لم يعتبر معنى اللفظ لما كان حكم الشرع ما بيّنا[7]، كذلك هاهنا، ثم نقول: دليل تعدد الطلاق واحترام الملك قد قام في مقابلة ما قلتم، ودل على أنه لا يملك القطع في الحال بدليل من نفس اللفظ.

---

(١) في (ز): وقعت بغير.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): بأن.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): و.
(٦) في (ز): نكاح.
(٧) في (ز): قلنا.

فإن قالوا: إن استيفاء الثلاث له حكم آخر وهو حرمة المحل.

قلنا: قد بيّنا أن حرمة المحل غير معقول المعنى، ولا يجوز إحالتها على الطلاق؛ لأنه ليس من صيغة اللفظ ما يدل على هذا الحكم، وإنما الكلام في دليل اللفظ فدلنا تعديد الشرع [٢٣٤/أ] إياه على أنه غير مالك للإبانة في الحال بالطلاق الواحد. والحقيقة تدل عليه؛ لأن الرافع إذا لم يتم لم يحصل الرفع على التمام وهذا فصل معنوي في غاية الحسن، ونقول أيضًا التمليك الذي زعموه إما أن يكون بنصٍ أو قياسٍ، وَلَا نَصَّ والقياس على الطلاق يدل على ما قلناه[1]، والمعنى الذي أوجب تمليك الإزالة إلا أنه قام دليل يوجب الإزالة في ثاني الحال على ما سبق، وأما الذي تكلموا به على فصل صريح الطلاق فنقول: عدم الزوال في الحال معقول الدليل على ما سبق بيانه، وإن سلمنا أنه مغيّر عن قضيته فإذا تغيّر موجب الطلاق من دليل الصيغة إلى دليل الشرع كذلك في هذه الألفاظ الأخر لأنها كنايات[2] عنه، والدليل المعتمد في أنها كناية وقوع الطلاق على[3] ما سبق بيانه[4]، والله أعلم.

(١) في (ز): قلنا.
(٢) في (ز): كناية.
(٣) في (ز): به على.
(٤) ليست في (ز).

※ (مَسْأَلة):

إذا قال لامرأته: أنتِ طالق أو طلقتك، ونوى ثلاثًا صح ذلك ووقع الثلاث[1].

وعندهم: النية باطلة (ويقع الواحد)[2][3].

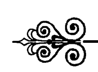
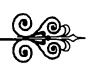
❖ **لنا:**

إنه نوى بلفظه ما يجوز أن يراد بلفظه فصحت نيته.

دليله: إذا نوى الثلاث في قوله: أنتِ بائن وهذا لأنه إذا جاز أن يراد الثلاث بهذا اللفظ فمتى نواه يصير كالمصرح المذكور حقيقة، ودليل الوصف أن قوله: أنتِ طالق ليس بإيقاع في نفسه، وإنما هو وصف، والوقوع كان لتصحيح الوصف، وتصحيح الوصف قوله[4]: أنتِ طالق في[5] الطلاق الواحد، والطلاق الثلاث على وجه واحد، لأنا[6] إذا حكمنا بوقوع الثلاث (يكون هو طلاقًا)[7] مثل ما لو حكمنا بإيقاع الطلاق[8] الواحد (يكون

---

(١) المهذب: ٢/٨٥، النكت: ورقة ٢١٨/ب.
(٢) في (ز): تقع واحدة.
(٣) الأسرار: ٢/١٨٣/أ فيض الله، مختصر القدوري ٢/٤٢ مع الجوهرة، رؤوس المسائل: ص٤١٣.
(٤) في (ز): بقوله.
(٥) في (ز): وفي.
(٦) في (ز): لأنه.
(٧) في (ز): تكون هي طالق.
(٨) ليست في (ز).

طلاقًا)[1] وكونها طلاقًا في الصورتين على وجهٍ واحدٍ لا يختلف، وإذا صح هذا صح (نية الثلاث)[2]؛ لأنه يصير كأنه قال: أنتِ طالق بثلاث، ولو صرح بإيقاع الثلاث كانت طالقًا بثلاث[3]، وثبت لها هذا الوصف، فإذا نوى صح أيضًا.

والحرف: أنه نوى عددًا يجوز أن يوصف بالوصف المذكور بحكم ذلك العقد[4] فصحت نيته وإرادته ليصح وصفها بالملفوظ بوقوع الطلاق[5] المنوي.

ونقول من وجه آخر وهو من[6] قوله: «أنتِ طالق» معناه أنتِ طالق الطلاق ولو لا هذا التقدير لم يقع شيء، والطلاق يحتمل العدد، ألا ترى أنه يقال: طلاق وطلاقان، وثلاث طلقات، فإذا تعدد لغة احتمل العدد وإذا نوى بلفظٍ[7] ما يحتمله صح وصار هذا كما لو صرّح، وقال: أنتِ طالق الطلاق أو طالق طلاقًا ولو نوى ثلاثًا[8] في هاتين الصورتين صح ذلك، كذلك في هذه الصورة وكذلك لو قال لامرأته: «طلقي نفسك»، ونوى الثلاث صح؛ لأن معناه طلقي الطلاق، كذلك (هاهنا معناه)[9]: أنتِ طالق أي طالق

---

(١) في (ز): ويكون طالقًا.
(٢) في (ز): النية للثلاث.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): العدد.
(٥) في (ز): العدد.
(٦) في (ز): أن.
(٧) في (ز): بلفظه.
(٨) في (ز): الثلاث.
(٩) في (ز): معنى.

الطلاق، فلا فرق بينهما بوجه.

❁ وأمّا حجّتهم:

قالوا: نوى ما لا يحتمله لفظه فوجب أن تبطل نيته كما لو قال: «اسقني»، ونوى الطلاق، أو قال: أنتِ واحدة، ونوى الثلاث، وهذا لأنه إذا لم يحتمل الثلاث فلو وقع وقع الطلاق الثلاث بمجرد النية، ومجرد النية لا تجوز ليقع(١) بها طلاق.

وإنما قلنا: إن قوله: «أنتِ طالق» لا يحتمل العدد؛ لأنه في نفسه نَعتٌ فردٌ ونعتُ الفرد لا يحتمل العدد مثل قائم وقاعد، ومثل اسم الفرد من زيد وعمرو وغيره، وإنما قلنا: إنه نعت فرد؛ لأن قوله(٢): «طالق» نعت(٣)، وقوله: «أنتِ» فرد، فدل أنه نعت فرد، ونعت الفرد لا يتصور تعدده؛ لأن الواحد إذا وصف بوصفٍ كيف يتصور أن يتعدد عليه ذلك الوصف؟.

يدل عليه: أنه لو احتمل العدد يصح تعدده، وقوله: «أنتِ طالق» لا يصح تعدده(٤) في المرأة الواحدة، ألا ترى أنه إذا قال: «طالقان وطوالق» ينصرف إلى عدد النساء، لا إلى عدد الطلقات، (فإن طالقين)(٥) وطوالق اسم (للنسوة الطوالق)(٦) فثبت أن اللفظ في نفسه غير محتمل للعدد.

---

(١) في (ز): أن تقع.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): فرد.
(٤) في (ز): تعديده.
(٥) في (ز): فإن طالقين اسم لامرأتين طالقين.
(٦) في (ز): لنسوة طوالق.

يبينه: أن اللفظ المحتمل[1] ما وضع للعدد، ونحن نعلم قطعًا أن هذه اللفظة[2] غير موضوعة[3] للعدد فإن ألفاظ العدد معلومة وليس قوله: «أنتِ طالق» من جملة ذلك، قالوا: وأما الذي[4] قلتم فهو بيان الاحتمال معنى والواقع هذا[5] اللفظ فينظر إلى احتمال اللفظ لا إلى غيره، وهذا لأن غاية ما قلتم أن المرأة الواحدة توصفُ بقوله: «أنتِ طالق» في الثلاث مثل ما توصف في الواحد، ومع هذا ليس يدل هذا اللفظ على احتمال العدد من حيث اللفظية، والعبرة باللفظ والاحتمال يُطلب منه فإذا لم يوجد بطل[6].

وأما قولكم: إن قوله: «أنتِ طالق» معناه: أنتِ طالق الطلاق.

قلنا: الطلاق غير مذكور وتصحيح النية في لفظٍ غير مذكور محال[7]، فإن قلتم: لا [٢٣٤/ب] ينفك عنه، نقول: هو مقتضى اللفظ، ومقتضى اللفظ ثابت بالضرورة، والضرورة في (اعتباره للوقوع)، فأما أن يصير كالملفوظ حتى يعتبر احتماله العدد، وتصح[8] نيته فلا، ألا ترى أنه لو قال لامرأته: «حجي» أو «زوري أباك» يجب الخروج على سبيل الاقتضاء، ثم لا يصير كالمذكور حتى لو نوى الطلاق به لا يصح بخلاف ما لو صرَّح بذكر الخروج

(١) في (ز): المحتمل العدد.
(٢) في (ز): اللفظ.
(٣) في (ز): موضوع.
(٤) في (ز): الطريق الذي.
(٥) في (ز): هو.
(٦) في (ز): يبطل.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): اعتبار الوقوع.

فإنه لو نوى الطلاق يصح، وكذلك إذا قال: «اعتق عبدك عني بألفٍ[1]»، فيقال: «بعتُ» لا يصح، وإن ثبتت الاستباعة في ضمن اللفظ ضرورة[2] ومع ذلك لم يصر كالمصرح به؛ لأنه يثبت ضرورة، والضرورةُ في إثباته فإما أن يجعله منزلة[3] المصرح به فلا، وكذلك إذا قال: «والله لا أشرب ولا أكل» فنوى مأكولًا غير[4] مأكول، أو مشروبًا غير[5] مشروب، فإنه لا يصح لما بينا[6]، أن[7] الملفوظ به هو الأكل دون المأكول، والشرب دون المشروب، فلم تصح نية التخصيص في غير المذكور.

قالوا: وأما إذا قال: «طالق طلاقًا» أو «الطلاق» فقد صرّح ما يحتمل العدد فصحت نيته، وكذلك إذا أمر بالتطليق إنما صحت نية العدد؛ لأن فعل التطليق يحتمل العدد ويمكن[8] أن يقال: إنه أمر والأمر يحتمل العدد.

قالوا: وأما إذا قال: «أنتِ بائن» فإنه غير محتمل للعدد، ولو نوى طلقتين به لم يصح، فأما إذا نوى الثلاث إنما[9] صح؛ لأن البينونة على ضربين خفيفة وغليظة، فالخفيفة هي: القاطع[10] فحسب، وأما الغليظة:

---

(١) في (ز): فتصح.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): بمنزلة.
(٤) في (ز): دون.
(٥) في (ز): دون.
(٦) في (ز): بيناه.
(٧) في (ز): من أن.
(٨) في (ز): يحتمل. الأسرار: ٢/٣١١/أ، عارف حكمت.
(٩) في (ز): فإنما صح.
(١٠) في (ز): قاطعة للنكاح.

قاطعة للنكاح عاملة في المحل (بالتحريم)[١]، وإذا تنوعت البينونة صحت نية التغليظ، وإذا صحت النية لم ينفك عن الثلاث؛ (لأنه هو المنوى)[٢] فلابد من إثباته، وأما الطلاق نوع[٣] واحد فلو وقع الثلاث لوقع من حيث احتمال اللفظ[٤] وليس يحتمله كما بينا.

قالوا: وأما إذا قال: «أنتِ طالق للسُنة» ونوى الثلاث، (فعندنا لو نوى الثلاث في الحال لا يصح، وإن نوى الثلاث)[٥] مفرّقة على الأطهار يصح؛ لأن اللام للوقت بدليل قوله ﷺ: ﴿أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمۡسِ﴾[٦] أي لوقت دلوك الشمس ووقت الطلاق متعدد، ولأن فعل المطلّق من الإيقاع يوصف بالسنّة والبدعة، لا ذات الطلاق، وفعل التطليق يقبل العدد واعترضوا على قول من قال من أصحابنا أن قول القائل: «أنتِ طالق ثلاثًا»، منصوبٌ على التفسير، وقالوا: إنه غير منصوب على التفسير لكن[٧] على تقدير مصدر محذوف مثل قول القائل: «ضربتُه وجيعًا» و«كلمتُه بليغًا»، وغير ذلك، ومعناه كلامًا بليغًا وضربًا وجيعًا، وكذلك قوله: «أنتِ طالق ثلاثًا»، وأيضًا فإن العدد إذا قُرِنَ بلفظة الطلاق يكون الواقع هو العدد لا أصل اللفظ ولهذا المعنى لو قال لامرأته: «أنتِ طالق ثلاثًا» (وتقديره: أنت طالق طلاقًا ثلاثًا)[٨] فماتت

(١) زيادة من (ز).
(٢) في (ز): لأنها سببها.
(٣) في (ز): فنوع.
(٤) في (ز): اللفظ للعدد.
(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٦) سورة الإسراء، آية: ٧٨.
(٧) في (ز): وإنما هو.
(٨) زيادة من (ز).




بعد قوله «طالق» قبل قوله «ثلاثًا» لم يقع شيء، ولهذا أيضًا لو قال لامرأته قبل الدخول: «أنتِ طالق ثلاثًا» وقع الثلاث، ولو لم يكن الواقع هو العدد المذكور لكان يقع واحدة فحسب لأنه يقع طلاق واحد بقوله: «أنتِ طالق»، (وَتَبِين فصادفها)[1] قوله «ثلاثًا»، وقد انقطع النكاح وصارت أجنبية وحين وقع الثلاث في هذه الصورة عرفنا أنه إنما وقع لأنه الواقع[2] وإذا ثبت هذا فيكون قوله: «ثلاثًا» تغييرًا لمعنى اللفظ لا تفسيرًا ثم أُلزموا فصل الاستثناء والتعليق بالشرط، فإن نيتهما لا تصح، والتصريح بضمها[3] إلى اللفظ صحيح.

۞ **الجواب:**

أما قوله[4]: إن اللفظ لا يحتمل العدد فقد بينا وجه الاحتمال فلا نعيد.

وقولهم: نعت فرد.

قلنا: مسلم، ولكن تصير منعوته بهذا النعت عند الطلاق الثلاث، مثل ما تصير منعوته به عند الواحد، ونية ما يصح النعوت في المنعوت صحيحة.

فإن قالوا: لا حاجة إلى هذه النية لتصحيح النعت.

قلنا: لا ندّعي وجود الحاجة لتصحيح النعت، ولكن ندّعى صحة النعت بالثلاث، وهذا مسلم على ما سبق ذكره.

---

(١) في (ز): فتبين في الحال فيصادفها.
(٢) في (ز): هو الواقع.
(٣) في (ز): بضمهما.
(٤) في (ز): قولهم.




وقوله(١): أنه غير موضوع للعدد.

(قلنا: وَمَنْ ادّعى أنه موضوع للعدد)(٢) والاحتمال ليس على الوضع، ألا ترى أن الأسد يحتمل الشجاع، والحمار يحتمل البليد، وليس في الوضع له، وعلى أنا ندعى الاحتمال معنىً فتصح النية بهذه الجهة.

وقولهم: إن النية تتبع اللفظ لا المعنى.

قلنا: المعنى معنى اللفظ فإذا احتمل العدد من جهته اكتفى به في تصحيح النية، (ولئن ادعينا)(٣) الاحتمال من هذا اللفظ فهو صحيح؛ لأن قوله: «أنتِ طالق» لفظ وهو وصف(٤) فإذا صح الوصف(٥) عند وقوع الطلاق فقد احتمل لفظًا، وأما قولنا: إن معنى قوله: «أنتِ طالق»، أي: طالق الطلاق فهو كلام صحيح معتمد والذي قال: إن المقتضى [٢٣٥/أ] لا يصير كالملفوظ به، قلنا: كل ما لا ينفك عنه اللفظ فإنه يصير كالملفوظ به، ألا ترى أنه لو قال لعبده الصغير: «هذا ولدي»، وأمَّها(٦) في ملكه، تصير الجارية أمَّ ولد له ويصير الاستيلاد الذي لا تنفك عنه هذه الدعوة بمنزلة المصرح به.

وقوله(٧): إن ما ثبت ضرورة ثبت بقدر الضرورة.

---

(١) في (ز): قولهم.

(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٣) في (ز): وإن ادعينا.

(٤) في (ز): وصفه.

(٥) في (ز): الوصف به.

(٦) في (ز): وأمّه.

(٧) في (ز): وقولهم.

قلنا: صحة قوله: طالق بالطلاق، فإذا كان صحته به كيف يجوز أن يفصل عنه في بعض الأحوال، وَيُقرنُ[1] به في بعض الأحوال؟، يدل عليه: أنكم قلتم أن قوله: «طالق ثلاثًا» منصوب[2] بتقدير مصدر محذوف فلولا أنه في لسان العرب صار بمنزلة المذكورة صريحًا كيف يصح قولهم: أنه نَصَبَ «ثلاثًا» بتقديره، وكما[3] أن النية في الألفاظ، فالإعرابُ قيدُ[4] الألفاظ جاز[5] أنه صار كالمذكور صريحًا ومسألة الأكل والشرب على أصولهم، فأما إذا قال: «اعتق عبدك عني على ألف درهم» فقال: «بعتُ» يصح عندنا إذا اعتق عبده[6] بأن قال: «بعتُ وأعتقتُ»، فأما إذا قال: «بعتُ» ولم يقل «أعتقتُ» (فإنما لا)[7] يصح؛ لأن الجواب لم يوجد على مطابق[8] السؤال، فيلغو الجواب، وأما إذا قال: «حُجي أو زُوري أباك» فليس الخروج من قضية اللفظ إنما هو من قضية الحال، وهو أنها بعيدة عن صوب[9] الحج و[10] عن مكان الأب فاحتاجت إلى الخروج، فأما الطلاق في مسألتنا قضية اللفظ[11] والتطليق متناول إياه، وإنما صح قوله: «أنتِ طالق» به، فنزّل منزلة المصرح

---

(١) في (ز): يقترن.
(٢) في (ز): مقصود.
(٣) في (ز): فكما.
(٤) في (ز): قبل.
(٥) في (ز): دل.
(٦) في (ز): بعده.
(٧) في (ز): إنما لم.
(٨) في (ز): مطابقة.
(٩) في (ز): مكان.
(١٠) في (ز): أو.
(١١) في (ز): اللفظ لأنه هو الرافع.

به على ما بيّنا، وأما عذرهم عن قوله: «أنتِ بائنٌ» فضعيف؛ لأن البينونة إن[1] كانت على ضربين فالطلاق أيضًا على ضربين غليظ وخفيف فالخفيف منها[2]: يقطع النكاح في الحال، أو في ثاني الحال، والغليظ منه: ما يقطع النكاح في الحال ويعقب زوال الحِلّ عن المحل فاستويا من هذا الوجه، ثم هناك صحت النية بالطريق الذي قدمناه، فلتصح هاهنا، والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

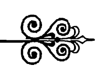
إذا قال لأمته: «أنتِ طالق» ونوى به العتق وقع العتق عندنا[3].

وعندهم: لا يقع[4].

لنا:

أنه نوى ما يحتمله لفظه فصار كما لو نوى الطلاق بلفظ العتاق، وإنما قلنا: إنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأنه نوى العتاق بلفظ الطلاق، (وهو)[5] يحتمل العتاق؛ لأن العتاق إزالة الملك والطلاق إزالة الملك، فإذا اتفقا معنىً يثبت الاحتمال؛ لأن[6] صحة الكناية بلفظ عن لفظ لا يستدعى إلا الاتفاق في المعنى.

(١) في (ز): إذا.
(٢) في (ز): منه.
(٣) المهذب ٢/٣.
(٤) الأسرار ٢/٣٥٤ عارف حكمت، المبسوط ٦/٧٥، رؤوس المسائل ص٤١٣، بدائع الصنائع: ٥/٢٢٨٤.
(٥) في (ز): ولفظ الطلاق.
(٦) في (ز): فإن.




يبينه: أن لفظ الطلاق لما كان في الوضع[1] لإزالة الملك من حيث الإسقاط، والعتاق إزالة الملك من حيث الإسقاط فلم يبق إلا الاختلاف في المحل واختلاف المحل ضرورة صحة الكناية؛ لأن الاشتراك في المعنى وإن وجد إلا أنه لابد من اختلاف المحل ليتصور الكناية فإذا اتحد المحل لم يكن كناية بل كان صريحًا فنقول: استعمال الطلاق في العتاق استعمال لفظ في معناه الذي وضع في غير محله الذي وضع له فيكون صحيحًا لاتفاق المعنى، ويكون كنايةً ولا يكون صريحًا لاختلاف المحل، مثل لفظ الأسد في الشجاع، والحمار في البليد، والكلب في الشرير. ونستدل من حيث الحكم بما لو قال: «لا ملك لي[2] عليك»، أو قال: «لا سبيل لي عليك»، فإنه يقع العتق إذا نواه، ونفيُ الملك أبعد في وقوع العتق به من اللفظ الموضوع لإزالة الملك؛ لأن نفي الملك في موضع الملك كذب، وأما إزالة الملك إنشاء[3] تصرف من حيث الإزالة في محله (عن أهله)[4] وكذلك قوله: «خليتُ سبيلك» مع قوله: «لا سبيل لي عليك»، فإذا وقع العتق بقوله: «لا ملك لي عليك»، و«لا سبيل لي عليك»، فلأن يقع بقوله: «طلقتك أو خليتُ سبيلك» أولى وإلى الحق[5] أقرب.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: نوى العتاق بلفظ لا يحتمله فلا يصح، كما لو قال: «اسقني أو

---

(١) في الأصل: موضع والتصويب من (ز).

(٢) زيادة في من (ز).

(٣) في (ز): فإنشاء.

(٤) ليس في (ز).

(٥) في (ز): الجواز.

زوري أباك» وهذا لأنه إذا لم يحتمله فلو وقع العتق لوقع بمجرد النية، ومجرد النية لا يكفي في إيقاع العتق، وإنما قلنا: لا يحتمله لأن الاحتمال إنما يكون بالنظر إلى المعنى الخاص الذي وضع له اللفظ كالشجاعة في الأسد والبلادة في الحمار، فأما الاشتراك في المعنى العام[1] لا يوجب صحة الكناية، لأنا لو جوّزنا الكناية بالاشتراك في المعنى العام لم يبق شيء إلا ويجعل كناية عن شيء آخر لأنه ما من شيئين إلا وهما يتفقان في معانٍ ويفترقان في معانٍ، فثبت أن المعتبر هو الاشتراك في المعنى الخاص الذي وضع له اللفظ، ولفظ العتاق موضوع لإثبات القدرة[2] فإنه في الوضع لغة وشرعًا [٢٣٥/ب] لهذا، ألا ترى أن العتق في اللغة مأخوذ من القوة، ومنه يقال: عَتُقَ الطير إذا قَوِيَ وَطَارَ عن وَكّره، ومنه عِتاق الطيور الأقوياء منها، ولأن الرق ضعف حكمي، ولفظه مأخوذ من الضعف[3]، لذلك[4] يقال: ثوب رقيق إذا كان ضعيف النسج، وفلان رقيق البدن[5]، إذا كان ضعيفًا، وإذا كان الرق ضعفًا كان العتق الذي هو ضده قوة، إلا أنه قوة حكمي[6]، كما أن الرق ضعف حكمي.

يدل عليه: أنا إذا نظرنا إلى حقيقة العتق والرق في الشرع تبين لنا ذلك إن الإنسان بالرق يصير مسلوب الحرية والمالكية فيضعف من هذا الوجه

---

(١) في (ز): وأما.

(٢) في (ز): القوة.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): ذلك.

(٥) في (ز): الدين.

(٦) في (ز): حكمية.




والعتق يحدث له قوة من الحرية والملاكية[١] لم يكن موجودًا[٢] من قبل؛ لأن الحرية قد كانت هلكت وانعدمت بالاسترقاق، والآن حدثت ثانيًا بالعتاق[٣]، وأما الطلاق (فهو مأخوذ)[٤] من حل قيد، وإطلاق مانع وليس يقتضي إحداث شيء لم يكن ثابتًا من قبل، وهذا لأن المرأة حرة مالكة فبعد[٥] النكاح على ما كانت من قبل، وإنما النكاح أوجب قيدًا حكميًا على حُرّيتها فعجزت عن استعمال الحرية فالطلاق يوجب حل هذا المانع، فالأول مثل[٦]: المريض إذا ذهبت قوته بالمرض وحدثت بالبُرء، والثاني مثاله: (القيد على العبد من)[٧] رجله فصار حقيقة العتق أحداث القوة[٨]، وحقيقة الطلاق إزالة مانع عن استعمال قوته[٩]، وهما شيئان مختلفان ليس بينهما مشابهة[١٠] من حيث المعنى، فلا يجوز أن يكون أحدهما كناية عن الآخر، وأما أصل الإزالة فهو في هذا المعنى الذي قلناه في مثال عام في مقابلة خاصٍ، وقد بيّنا أن العبرة بالاشتراك في المعنى الخاص في جواز الكنايات.

قالوا: وأما إذا أعتق ونوى الطلاق فإنما جوّزنا[١١] بطريق آخر لا بهذا

---

(١) في (ز): المالكية.
(٢) في (ز): موجودة.
(٣) في (ز): الإعتاق.
(٤) في (ز): فمأخوذ.
(٥) في (ز): بعد.
(٦) في (ز): مثاله.
(٧) في (ز): المقيد بحل القيد عن.
(٨) في (ز): قوة.
(٩) في (ز): القوة
(١٠) في (ز): موافقة.
(١١) في (ز): جوزناه.

الطريق، وذلك لأن العتق سبب لموجب الطلاق فإن الطلاق يزيل ملك المتعة والعتق[١] سبب له في الأمة، والسبب يُكنى به عن المسّى[٢] بدليل المبين يكنى به عن الوطء؛ لأنه سبب له، والسماء يكنى به عن المطر؛ لأنه سبب له، كذلك هاهنا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إنه ينبغي أن يكنى بالطلاق عن العتاق؛ لأن موجب الطلاق سبب العتاق فيكنى بالمسبب عن السبب، وبالموجَب عن الموجب؛ لأن الأول وَرَدَ في كلام العرب وهذا لم يرد في كلام العرب، فلم يجز استعماله؛ لأنه الكناية والمجاز عن[٣] كلامهم، فأنا[٤] نجوز إذا كان على موافقة طريقتهم، فأما إذا لم يكن فلا[٥].

قالوا: وأما قوله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أَرَىٰنِيٓ أَعۡصِرُ خَمۡرٗاۖ﴾[٦] فقد قيل: أن الخمر اسم العنب في كلام بعض العرب، قال الأصمعي[٧]: لقيتُ بعضَ الأعراب ومعه سلة من العنب فقلت: ما معك؟ قال: خمر[٨]، وأراد به العنب، وعلى أن الخمر في هذه الآية ليس بكناية عن العنب، إنما أدرجت الخمر في اللفظ تصحيحًا للكلام، فكأنه قال: أعصر عنبًا يكون منه الخمر.

---

(١) في (ز): العتاق.
(٢) في (ز): المسيس.
(٣) في (ز): من.
(٤) في (ز): فإنما.
(٥) في (ز): فلا يجوز.
(٦) سورة يوسف، آية: ٣٦.
(٧) الأصمعي: هو عبد الملك بن قريب البصري اللغوي، أحد أئمة اللغة، له قصائد اختارها عرفت بالأصمعيات، توفي سنة ٢١٦هـ. ينظر: بغية الوعاة: ١١٢/٢٥ ـ ١١٣.
(٨) ينظر: جامع البيان: ٢١٥/١٢، الجامع لأحكام القرآن: ١٩٠/٩.




وكذلك قالوا في قول القائل: «اعتدي»، ونوى به الطلاق[1]، أنه يصح الطلاق بإضمار الطلاق، وإدراجه لأنه كناية عنه.

قالوا: ولا يجوز أن يقال في مسألتنا أنه وجب أن يدرج العتق أيضًا لصحة الكلام، وذلك أن الإضمار والإدراج إنما يصار إليهما[2]، إذا لم ينفك اللفظ عنهما[3] بحال مثل العنب في الخمر، والطلاق في العدة عن النكاح، فأما التحريم والإطلاق[4] في ملك اليمين ينفك عن العتاق بدليل المكاتَب والمأذون له في التجارة، والمزوجة.

قالوا: ولأن الطلاق شرط وجوب[5] العدة بالنكاح والشروط اتباع والعنب محل لحصول الخمر والمحالُّ اتباعٌ، فيجوز أن يقتضي الشيء تبعه فإن[6] العتاق في إزالة ملك المتعة أصل، وزوال الملك تبع له، والشيء لا يجوز أن يقتضي أصلًا[7]، ويجوز أن يقتضي تبعًا[8]؛ لأنه لو ثبت الأصل بطريق الاقتضاء صار[9] التبع متبوعًا والمتبوع تبعًا، فإن المقتضي تبع المقتضى إلى هذا الموضع، انتهى هذا الكلام.

---

(١) في (ز): اللفظ بطريق.
(٢) في (ز): إليه.
(٣) في (ز): عنه.
(٤) في (ز): الطلاق.
(٥) في (ز): في وجوب.
(٦) في (ز): أبا.
(٧) في (ز): أصله.
(٨) في (ز): تبعه.
(٩) في (ز): فصار.

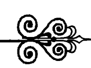
قالوا[١]: وأما إذا قال: «لا ملك لي عليك، ولا سبيل لي عليك»، فنَفيُ الملكِ والسبيل على الإطلاق لا ينافي ملك اليمين فكان وجود العتق بوجود المنافي للملك، وأما الطلاق وتخلية السبيل لا ينافي ملك اليمين، وهو غير صالح لكونه كناية عن العتق على ما سبق.

قالوا: وأما إذا قال: «لا سلطان لي عليك»، فحقيقة السلطنة ولاية القدرة فعلًا مثل ما للسلطان على الرعية ونفيُ القدرة فعلًا لا ينافي ملك اليمين؛ لأن العبد قد يغيب ويأبق فيفوت سلطان القدرة وأصل الملك قائم. وقد تعلّق كثير من مشايخهم في هذه المسألة باعتبار طرف الانحلال بطرف الانعقاد[٢].

قالوا: الملك في العبد[٣] لا يثبت [٢٣٦/أ] بلفظ النكاح، فلا يزال بلفظ الطلاق كالملك في الثوب، فإن الإقالة لا تصح بلفظ الطلاق.

يبينه: أنه لو جاز إزالة هذا الملك بلفظ الطلاق لصح اجتلابه بلفظ النكاح كالملك على النساء، وربما يقولون زوال الملك إنما يكون بما وُضع لإزالته، أو[٤] بالمنافي له، ولفظ الطلاق والتحريم غير موضوع لإزالة ملك اليمين ولا هو[٥] منافٍ له لأن التحريم يوجد في الملك[٦] مع بقاء الملك

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): الاعتقاد.
(٣) في (ز): العقد.
(٤) في (ز): و.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): الإماء.




فيهن مثل الإماء المجوسيات، وكذلك إذا كن له أخوات من الرضاعة وأمثال هذا كثير[١]، وكذلك الطلاق لا يقتضي زوال الملك من حيث المنافاة؛ لأنه يقتضي إزالة القيد وتخلية السبيل، وهذا لا ينافي ملك اليمين بدليل المكاتب هذا جملة كلامهم.

❁ **الجواب:**

أنا قد بيّنا وجه الاحتمال.

يبينه: أن الكناية تصح بنوع استعارة، الاستعارة صحيحة[٢] فكما[٣] يجوز أن (يستعير اسم)[٤] الأسد ليعبّر به عن الشجاع لاجتماعهما في الشجاعة، (واسم الحمار يستعير عن)[٥] البليد لاجتماعهما في البلادة، فيجوز أن يستعير اسم الطلاق ليستعمله في العتاق لاجتماعهما في الإزالة وهو بمنزلة استعارة الأعيان ليستعملها مكان الأعيان المملوكة له.

فإن قالوا: إنما يجوز الاستعارة إذا كان المستعار في هذا المحل[٦] أبلغ في إظهار المعنى من المستعار له مثل اسم الأسد في الشجاعة واسم الحمار في البلادة وليس الطلاق[٧] بأبلغ في إظهار المعنى من لفظ العتاق، بل لفظ

---

(١) في (ز): يكثر.
(٢) في (ز): صحيحة الألفاظ.
(٣) في (ز): وكما.
(٤) في (ز): ويستعار لفظ الأسد.
(٥) في (ز): ويستعار لفظ الحمار.
(٦) في (ز): المحال.
(٧) في (ز): لفظ الطلاق.

العتاق أبلغ.

قلنا: ليس ما قلتم بشرط[١] في جواز الاستعارة بل يجوز أن يكون مثله، ويجوز أن يكون أبلغ منه كما في استعارة الثوب، فإن الثوب المستعار بمنزلة الثوب المملوك في المعنى المقصود.

وأما الذي قالوا[٢]: إن لفظ العتاق مأخوذ من كذا وعمله كذا، ولفظ الطلاق مأخوذ من كذا، وعمله كذا.

قلنا: الطلاق للإرسال والعتاق للتخليص، ومنه: البيت العتيق للكعبة، لتخلصه من أيدي الجبابرة فإنه لم يُسلط عليه جبار كذلك، قيل في معنى العتيق، وكذلك التحرير، يقال: أرض حرة، أي لا خَرَاجَ عليها، ويقال: طين حر إذا كان صافيًا خالصًا وإذا كان عبارة عن التخليص والإزالة فالإزالة والتخليص بمعنى واحد، ولهذا يقال: حرِّر العصفور إذا خلَّصه وأرسله.

يدل عليه: أن العتق تصرف من[٣] الإنسان وسببه الملك في المحل والملك إنما يفيد التصرف، إما من حيث النقل أو من حيث الإزالة والإسقاط[٤] وهذا لأنه إنما يملك التصرف فيما هو ثابت له والملك ثابت له فيزيله، وأما الحرية فهو غير مالك[٥]، فكيف يملك إثباتها؟ وأما[٦] ظهورها

(١) في (ز): شرطًا.
(٢) في (ز): قالوه.
(٣) في (ز): في.
(٤) في (ز): في.
(٥) في (ز): مالك لها.
(٦) في (ز): وإنما.




لسقوط الرق بالعتق فإذا ثبت ما ذكرنا فاستوى الطلاق والعتق في العمل الخاص (فاستقام استعمال)[1] الكناية، وأما معنى الرق فليس في هذا الموضع إلا الملك.

وقوله: إنه في اللغة من الضعف. قلنا: لئن كان كذلك فالضعف هو نفس الرق، وعلى أنه يمكن أن يقال: الرق معنى مانع من ظهور الحرية الثابتة بعلة الآدمية فإن علة الآدمية جالبة للكرامات، وتصلح علة لها، وعلى هذا دل قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾[2] إلا أن الرق دفع هذه الكرامات، وثبت الرق عقوبةً، ثم إذا أُزيل الرق بالعتق ظهرت الحرية الثابتة بعلة كونه آدميًا فيكون العتاق على هذا الوجه في معنى الطلاق؛ ولأن الطلاق يزيل المانع من استعمال الحرية، والعتاق يزيل المانع من ظهور الحرية، فالحرية وإن كانت هناك ثابتة وهاهنا كانت منتفية ولكن في مسألتنا حيث يثبت بالإعتاق لم يكن ثابتًا به، إنما عمله إسقاط الرق ثم الحرية ظهرت بعلة أخرى، كما أن الطلاق كان عمله إزالة النكاح ثم استعمال الحرية لم يكن ثابتًا به لكن بأصل الحرية، والجواب الأول كافٍ، وهذا معتمد.

جواب آخر: أن الطلاق والعتاق إذا لم يتفقا في معنى فلم جاز أن يُجعل العتاق كناية عن الطلاق فإن قيل[3] بالسببية، قلنا: فجوِّزوا أن نجعل الطلاق كناية عن العتاق؛ لأن المسبِّب يكنى به عن السبب والموجَب عن الموجب ومعنى الطلاق موجب العتاق على ما ذكروا[4].

---

(١) في (ز): واستقامت.
(٢) سورة الإسراء، آية: ٧٠.
(٣) في (ز): قالوا.
(٤) في (ز): ذكروه.

وقولهم: إن هذا ليس من كلام العرب.

قلنا: بل هو من كلام العرب بدليل قوله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أَرَىٰنِيٓ أَعۡصِرُ خَمۡرٗاۖ﴾[1] أي عنبًا؛ لأن العنب سبب الخمر بدليل قول الأعرابي: (هلكتُ وأهلكتُ)[2] جعل الهلاك كناية عن المواقعة؛ لأنها سببه، وبدليل أن عندهم تحريم الحلال يكون يمينًا؛ لأنه موجب اليمين فصح جعله كناية عنه والذي ذكروا[3] من الإضمار والإدراج، قلنا: فاجعلوا[4] في مسألتنا [٢٣٦/ب] كذلك، وأدرجوا العتاق لظهور معنى الطلاق.

وقولهم: لا[5] ضرورة فيه.

قلنا: فيه ضرورة؛ لأن زوال ملك المتعة وحصول الحرمة بلفظ موضوع للإسقاط والتحريم لا يتصور في الأمة إلا بعد حصول العتق فيه[6].

قولهم: إن الأصل لا يُدرج في التبع.

قلنا: إزالة ملك الرقبة سبب لإزالة ملك المتعة، وإدراج السبب وإضماره صحيح[7] بدليل ما لو قال: «اعتق عبدك عني (على ألف)[8]»،

---

(١) سورة يوسف، آية: ٣٦.
(٢) سبق تخريجه ٥٠٣، ٥٠٥.
(٣) في (ز): ذكروه.
(٤) في (ز): فافعلوا.
(٥) في (ز): أنه لا.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): في اللفظ صحيح.
(٨) ليست في (ز).




فاندرج[1] التبع بالاتفاق لإثبات الملك ثم يبنى عليه العتق ؛ لأن الملك سبب العتق فصح إضماره، فقولوا في مسألتنا كذلك، وبيّنا[2] الجواب من حيث الإلزام، والجواب فقهًا ما سبق، وأما ما (ذكروا في اللفظ)[3] فليس بشيء لأنا لا نزيل الملك بلفظ الطلاق، إنما نزيل[4] بالعتق إلا أن لفظ الطلاق صار كناية عنه واستعير لاستعماله، وجعل بمنزلة المصرِّح به، وكذلك الكلام على ما ذكروا[5] من المنافاة، فإن عندنا لما كان الواقع هو العتاق بلفظ الطلاق تحققت المنافاة، والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

إذا قال لامرأته: (أنا منكِ طالق)، ونوى الطلاق، وقع به الطلاق عندنا[6].

وعندهم: لا يقع[7]، وكذلك الخلاف فيما إذا قال: «طلقي نفسك»، قالت: «طلّقت».

---

(٨) في (ز): فإنا ندرج.

(١) في (ز): فإنا ندرج.

(٢) في (ز): وهذا.

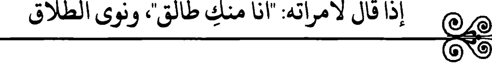
(٣) في (ز): ذكره مشايخهم.

(٤) في (ز): نزيله.

(٥) في (ز): ذكروه.

(٦) النكت: ٢١٧/ب، المهذب: ١٠٣/٢، التهذيب: ٣١/٦، الروضة: ٦٧/٨، المنهاج: ٢٩٢/٣ مع المغني.

(٧) المبسوط: ٧٨/٦، فتح القدير: ٣٩/٤، رؤوس المسائل: ص ٤١٢.



لنا:

إن الرجل محل النكاح فيكون محل الطلاق.

دليله: المرأة. والدليل على أنه محل النكاح النص، والمعنى. أما النص فهو أنَّ الله تعالى: أضاف النكاح إلى المرأة إضافة الفعل إلى الفاعل كما أضافه إلى الرجل من هذا الوجه، بدليل قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾[1]، وقوله: ﴿أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾[2] وأضافه إلى الرجل[3] على هذا الوجه، فقال: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾[4]، وقال تعالى: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[5] ويقال: نكح الرجلُ فلانةً، ينكح نكاحًا، وَنَكَحَتْ فلانةُ فلانًا ويسميان[6] متناكحين على هذا المعنى.

ويدل عليه: أن النكاح عقد ازدواج وانضمام فإن التزويج من الازدواج والنكاح من الانضمام (والمعنيان موجودان في حق كل واحدٍ منهما)[7]؛ لأن حظ كل واحد منهما مما يقع به الازدواج مثل حظ صاحبه، وهما كمصرعى الباب وزوجي خفٍ، ولهذا المعنى اشتركا في ثمرات النكاح، حتى إن الحِلّ في جانب الرجل مثل الحِلّ في جانب المرأة، وقد سلموا هذه الأمثلة[8]

(١) سورة البقرة، آية: ٢٣٠.
(٢) سورة البقرة، آية: ٢٣٢.
(٣) في (ز): الرجال.
(٤) سورة النساء، آية: ٢٥.
(٥) سورة النساء، آية: ٣.
(٦) في (ز): وسُمّيا.
(٧) ما بين القوسين ليست في (ز).
(٨) في (ز): الأصل.

الذي ادعيناه في ثمرات النكاح، وإذا ثبت أنهما ينزلان من العقد منزلة واحدةً فصار كل واحد منهما محل النكاح، فإذا[1] كان محل النكاح كان محل الطلاق، ومتى أُضيف الطلاق إلى محله لم يجز إلغاؤه ولابد من الوقوع، فنستدل[2] بما لو قال[3]: «أنا منكِ بائن»، ونوى الطلاق، فإنه يصح ويقع[4]، فإذا[5] كان الرجل محل إضافة الكناية إليه كان أيضًا محل إضافة الصريح إليه.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: طلاق مضاف إلى غير محله فوجب أن يلغو[6].

وإنما قلنا: إنه مضاف إلى غير محله؛ لأن الرجل ليس بمحل النكاح بدليل أن النبي ﷺ سمّى النكاح رقا، وإنما سماه رقًا في جانب النساء، ألا ترى أنه قال ﷺ: **(النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته)**[7] ولم يقل (مَنْ تزوّج كريمةً)[8]، ولأن النكاح تصرف في محل يعرف بعمله[9]، وإنما ظهر عمله في جانب النساء، بدليل الحبس وهو[10] المنع من الأزواج، ولا

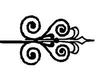
(١) في (ز): وإذا.
(٢) في (ز): ونستدل.
(٣) في (ز): قال لها.
(٤) التهذيب: ٦/٣١.
(٥) في (ز): وإذا.
(٦) في (ز): يكون لغوًا.
(٧) سبق تخريجه ص٢١.
(٨) في (ز): أين يضع كريمه.
(٩) في (ز): عمله.
(١٠) في (ز): ثبوت.

يوجد هذا في جانب الرجال؛ لأنه لا حبس في حقهم ولا منع[١] من التزويج[٢] بالنساء[٣]، ولا يجوز أن يُحال بالمنع[٤] من الخامسة، والأخت الثانية على ثبوت العقد عليه للمرأة لأن هذا المنع ليس (لحق المرأة)[٥] إنما هو لحق الشرع؛ لأنه لو كان حقها[٦] لمنع من النساء على الإطلاق فإن[٧] الأخت والأجنبية والخامسة والثانية فيما يُعود إلى نقصان حقها على وجه واحد بدليل القسم.

قالوا: والدليل على ما بيّنا أيضًا أن المهر يجب عليه، ولا يجب عليها، ولو كان لها ملك لقوبل بعوض عليها مثل جانبه، ولا جائز أن يقال: هذا الاختلاف إنما جاء من حيث إن منافع بُضعها متقوّم[٨] ومنافع بُضعه غير متقوّم[٩]؛ لأن هذا[١٠] دعوى، وينبغي أن يحكم بتقويم[١١] منافع بُضعه مثل ما حكم بتقويم[١٢] منافع بُضعها، إن كان كل واحدٍ منهما محل العقد وبعدم تقوم منافع بُضعه نستدل (بأنها ليست)[١٣] محل العقد.

---

(١) في (ز): يمنعون.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): النساء.
(٤) في (ز): المنع.
(٥) في (ز): لحقها.
(٦) في (ز): لحقها.
(٧) في (ز): لأن.
(٨) في (ز): متقومة.
(٩) في (ز): متقومة.
(١٠) في (ز): هذه.
(١١) في (ز): بتقوّم.
(١٢) في (ز): بتقوّم.
(١٣) في (ز): على أنه ليس.




يبينه: أنه لما اختصت بنوع ملك وهو ملك المهر وجب أو يوجد في جانبه ملك يقابل هذا الملك، وليس ذلك إلا الملك في البضع[1].

واستدلوا أيضًا بالطلاق فإن الرجل لما اختص بملكه، أي الطلاق، دل أنه اختص بملك النكاح؛ لأنه يحل (ما كان ثابتًا)[2] بالنكاح، ويستحيل أن يكون لها ملك، ثم ينفرد[3] بنقضه وَحَلّه فدل ما قلنا[4] [٢٣٧/أ] على أن الملك له دونها، وأنها معقود عليها من قبله، وأنه غير معقود عليه من قِبَلها، وهذان الدليلان في نهاية الاعتماد.

قالوا: وأما الإضافة الشرعية الذي يستدلون بها فيجوز أن يكون على طريق المجاز، وعلى أنا نسلم الاشتراك في ثمرات النكاح ليتم في الازدواج الذي ذكرتموه، وهذا لأن الازدواج ثمرة النكاح، فأما المعقود عليه هو الملك، وذلك للرجل على الخصوص.

قالوا: وأما ثبوت المطالبة لها[5] بالوطء فلأجل الاشتراك في الثمرات، وعلى أن فصل المطالبة دليل عليكم؛ لأن المطالبة بالوطء لا تدوم لها ولو ثبت الملك لدامت المطالبة بدوام الملك، مثل جانبه فإنه ثبت له مطالبتها بالتمكين على الدوام، وإنما تثبت المطالبة بوطءٍ واحدٍ؛ لأن قضاء الشهوة مقصود من[6] الجانبين فلها أن تطالب لتقضي شهوتها منه، وثبوت المطالبة

---

(١) في (ز): ملك البُضع.
(٢) في (ز): بالطلاق ما كان ثابتًا.
(٣) في (ز): ينفرد هو.
(٤) في (ز): قلناه.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): في.




على الرجال[1] لا يدل على محليّة الطلاق؛ لأن محليّة الطلاق تتبع محليّة النكاح[2]، لا محليّة الثمرات.

واستدلوا من حيث الحكم في أن الرجل ليس بمحل الطلاق: باشتراط النية، فإنه لابد من أصل النية[3]، ومع أنه لابد من أصل النية لابد أيضًا من نية وقوع الطلاق عليها، ولو كان الرجل محل الطلاق لوقعت الغُنية عن النية، كما في جانبها.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن النية إنما شُرِطَتْ لأن المحل غير متعارف فصار كلفظٍ غير متعارف فإن هذا يبطل بما لو قال: «يدك طالق أو رجلك طالق»، فإنه يقع ولا يحتاج إلى النية عندكم[4]، وإن كان المحل غير متعارف، وأما احتياج الكناية إلى النية لم يكن لعدم تعارف اللفظ بل لأجل الاحتمال الذي فيه، وإذا قال: «أنا منكِ طالق»، لا احتمال في معنى اللفظ فلا معنى لاعتبار النية.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن الرجل يصير كناية عن المرأة؛ لأن الكناية في الألفاظ تعرف[5] في لسان العرب، فأما في المحل[6] فلا تعرف، ولأن قوله (أنا)[7] نص في المُخاطِب، (وقوله: «أنت» نص في المخاطَب)[8]،

(١) في (ز): الرجل.
(٢) في (ز): الملك.
(٣) في (ز): النيتين.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): معروفة.
(٦) في (ز): المحال.
(٧) زيادة من (ز).
(٨) ما بين القوسين زيادة من (ز).

والنص في محل لا يحتمل غيره.

يبينه: أن اللفظ المشروع في محلٍ لا يحتمل غيره مع احتماله في نفسه، مستغنٍ عن النية، فاللفظ المحسوس في محلٍ كيف يحتمل «غير»[1] ذلك المحل؟ ونعني بما قلنا[2] لفظ الطلاق فإن الطلاق يحتمل عن النكاح وعن الوِثَاق ولكن لما شرع لمعنىً واحدٍ وهو الطلاق عن النكاح لم يحتمل بغيره ولأن عندكم الرجل كان محل الطلاق؛ لأنه محل النكاح فلم ينبغي أن يُجعل هو كناية عنها بل ينبغي أن يقع عليه الطلاق ابتداء.

قالوا: وأما إذا قال: «أنا منكِ بائن»، إنما صح؛ لأن هذا اللفظ عندنا ليس بكنايةٍ عن الطلاق على ما سبق بيانه، إنما هو صريح في قطع الوصلة، والصلة مشتركة بين الجانبين واللفظ صادف محله، ثم إذا انقطعت الوصلة كان وقوع الطلاق عليها ضرورة واقتضاء لأنه لا يتصور انفكاكه عن الطلاق.

قالوا: ولو قال: «أنا بائن»، ولم يقل «منكِ» يصح، وفي مسألتنا لو قال: «أنا طالق» ولم يقل «منكِ»، فإنه لا يصح، (وهذه مسألة يستدل)[3] بها أيضًا (أن الرجل)[4] ليس بمحل الطلاق.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: إنه طلاق مضاف إلى غير محله.

---

(١) زيادة من (ز).
(٢) في (ز): قلناه.
(٣) في (ز): قالوا: وبهذه المسألة نستدل.
(٤) في (ز): على أنه.

قلنا: بل مضاف[1] إلى محله، وأما الخبر الذي استدلوا به من قول النبي : (إن النكاح رق)[2].

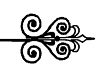
وقوله[3]: (إنه يختص بجانبها).

قلنا: هذا مذكور على طريق المجاز لمكان الحبس الذي اختص بها[4]، وسنبين الكلام على الحبس من بعدُ.

وأما[5] قولهم: إن عمل النكاح ظَهَرَ في جانبها لا في جانبه.

قلنا: لا، بل في الجانبين بدليل الحِلّ والنكاح معقود[6] للحل، أو ملك[7] يُعرف بالحل، فإذا كان الحِلّ مشتركًا[8] في الجانبين كان الملك أيضًا ثابتًا من الجانبين، فأما الحبس والمنع ليس[9] من قضية الملك عليها؛ لأن المعقود عليه في النكاح منفعة البُضع، وليس منافع البُضع شيء يُستوفى على الدوام، مثل ما يُستَوفى منفعة[10] دار بالسكنى أو منفعة الثوب[11] باللبس، وإنما يُستوفى في الأحايين والأوقات، فلا يقع مزاحمة على المحل في

(١) في (ز): هو مضاف.
(٢) سبق تخريجه ص ٢١.
(٣) في (ز): قولهم.
(٤) في (ز): بجانبها.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): عقد معقود.
(٧) في (ز): لملك.
(٨) في (ز): ثابتًا.
(٩) في (ز): من الأزواج فليس.
(١٠) ليست في (ز).
(١١) في (ز): ثوب.

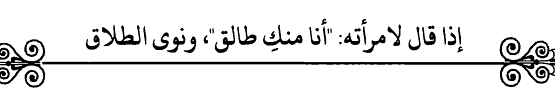



العقد، ولا يظهر نقصان في المحل بالعقد استيفاءً، فدل أن الحبس والمنع من الأزواج (ليس من قضية العقد، ولا من قضية)[1] الملك، وإنما كان لمصلحة الأنساب ودفع المفاسد عنها حتى لا يقع فيها اشتباه باختلاط المياه، وهذا المعنى في جانبه لا يوجد وهي جواز نكاحه للنساء، وعدم ثبوت الحبس عليه على قضية الأصل الذي قدمناه.

فأما فصل المهر والطلاق فقد قال بعض أصحابنا: إن المهر عوض زائد وليس بعوضٍ أصلي على ما سبق في مسألة المفوّضة، (فلا يدل)[2] وجوبه عليه باختصاصه بالملك، وهذا الجواب ليس بشيء لأنهم يقولون: ينبغي أن لا يجب عليها [٢٣٧/ب] أيضًا، ويكون عوضًا زايدًا، وعلى أنه عوض في الجملة فاختصاصه بالوجوب عليه دليل أن الملك له خاصة، وأجابوا عن فصل الطلاق، وقالوا: لو جُعِلَ الطلاق إليها أدّى إلى مفسده عظيمة؛ لأنها مجبولة على فرط الغضب مثل ما هي مجبولة على فرط الشهوة، فإذا جعلنا الطلاق إليها والغضب (داعٍ إلى)[3] الطلاق لبادرت إليه في كل غضبةٍ كما أنا لو جعلنا ولاية النكاح إليها بادرت إليه في كل شهوةٍ (فسُلبت ولاية النكاح مصلحة فسُلبت أيضًا ولاية الطلاق مراعاة للمصلحة)[4]، وهم يقولون على هذا لو كان المعنى هذا وجب[5] أن يُعتبر رضاها (في الطلاق)[6] أو يجب

---

(١) في (ز): لم يكن لقضية.
(٢) في (ز): فلابد من.
(٣) في (ز): داعي.
(٤) في (ز): فكما سلبت ولاية النكاح لمصلحة سُلبت ولاية الطلاق لمصلحةٍ.
(٥) في (ز): لوجب.
(٦) ليست في (ز).



أن تُجعَل ولاية الطلاق من جانبها مفوضة إلى الولي[1]، مثل ما (فُوض ولاية)[2] النكاح من جانبها إلى وليها، والجواب المعتمد على الفصلين وهو حرف[3] المسألة ومحز الكلام، وهو أنا نقول: ملك النكاح مشترك بين الزوجين على ما دللنا عليه غير أن الرجل اختص بولاية القوامية عليها بنص الكتاب، وهو قوله: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ﴾[4] والاختصاص بولاية القوامية لا ينافي الاشتراك في الملك؛ لأنه يجوز أن يشتركا في الملك، ويختص هو بولاية القوامية لنوع معنىً يختص به جانبه، وهذا لأن الرجال أقوم بهذه الولاية والنظر بمصالح[5] النكاح ومقاصده في التفويض إليهم أكثر، وإذا ثبت هذا فنقول الرجل اختص بوجوب المهر؛ لأنه مال القوامية بدليل قوله تعالى: ﴿وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ﴾ وأجمعَ أهلُ (الفقه و)[6] التفسير[7] على أن المراد به المهر والنفقة، وأما التفصيل المذكور فهو بالعقل[8] وإذا اختص الرجل بالقوامية اختص بوجوب المهر عليه، والنفقة لهذا المعنى وهو نص لا يمكن الاعتراض عليه، وكذلك اختص بالطلاق لأن حقيقة القوامية تظهر

---

(١) في (ز): وليها.
(٢) في (ز): جُعل.
(٣) في (ز): سُرّ.
(٤) سورة النساء، آية: ٣٤.
(٥) في (ز): لمصالح.
(٦) ليست في (ز).
(٧) ينظر: جامع البيان للطبري ٥/٥٩، الجامع لأحكام القرآن ٥/١٦٨، وأحكام القرآن لابن العربي ١/٤١٦.
(٨) في (ز): العقد.

بملك الطلاق، ليُبْقِي العقدَ إن شاء أبقاه وَيُرفع[1] إن اختار رفعه، وكذلك ثبوت الحبس لولاية القوامية والجواب معتمد، وقد (ارتفعت الشبهة في)[2] المسألة وعُرفت[3] حقيقةُ الكلام فيها.

وأما تعلقهم بفصل النية فاعلم أنا نقول: يحتاج إلى أصل النية ولا يحتاج إلى نية وقوع الطلاق، وإنما احتاج إلى أصل النية لأن لفظ الطلاق لفظ محتمل؛ لأنه يجوز أن يراد به الطلاق عن النكاح، ويجوز أن يراد به الطلاق عن الوِثاق فلابدّ فيه من النية لوجود الاحتمال في اللفظ مثل (قولهم في)[4] قوله: «أنتِ بائن أو أنتِ حرام»، في معنى اللفظ، وأما إذا قال: «أنتِ طالق»، إنما لا يحتاج إلى النية؛ لأن اللفظ وإن كان محتملاً معناه لكن بحكم العرف والاستعمال تعيِّن أحد المحلين[5] فيه، وهو الطلاق عن النكاح، ومثل هذا لا يوجد إذا قال: «نا منكِ طالق» فرجعنا إلى أصل حقيقة المعنى فوجدناه محتملاً فاعتبرنا فيه النية، وأما تعلقنا بقوله: «أنا منكِ بائن» فهو إلزام عظيم عليهم، ويدخل على (ما قالوه)[6].

وأما الذي قالوا: ليس[7] بكناية قد[8] تكلمنا عليه، وعلى أنه إذا كان

---

(١) في (ز): ورفع العقد.
(٢) في (ز): انزاحت شبهة.
(٣) في (ز): عرف.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): المحتملين.
(٦) في (ز): المحل الذي هو في جانب المرأة بغاية الدخول.
(٧) في (ز): من أنه ليس.
(٨) في (ز): فقد.



محل قطع الوُصلة كان محل الطلاق؛ لأن الطلاق وقطع الوُصلة واحدٌ، والقطع هو الطلاق والوُصلة هو النكاح، وعلى أنه كان ينبغي أن يقال: «أنا منكِ طالق»، يصير مجازًا عن قوله: «أنا منكِ بائن»، مثل ما قلتم: إذا قال لامرأته: «أنتِ حرة» يصير[1] مجازًا عن قوله: «أنتِ طالق»، وهذا فصل في الإلزام حسن جدًا، والاعتماد على ما سبق، وأما إذا قال: «أنا طالق» يصح إذا أراد عن النكاح الذي بينه وبين هذه المرأة، بأن لم تكن له امرأة أخرى، أو عيّنها بالنية من بين سائر[2] نسائه، والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

إذا قال لامرأته: يدك أو رجلك طالق، وقع الطلاق عندنا[3].

وعندهم: لا يقع[4]، وكذلك الطلاق[5] في كل جزء معين من المرأة إذا أضيف إليه الطلاق.

لنا:

أنه محل النكاح فيكون محل الطلاق. دليله: الوجه والرأس وإنما قلنا: إنه محل النكاح؛ لأن المرأة محل النكاح واليد جزء من المرأة والجزء من

---

(١) في (ز): يصح.

(٢) ليست في (ز).

(٣) الأم: ١٨٦/٥، ١٨٧، المهذب: ١٠٣/٢، التهذيب: ٨٤/٦، الروضة: ٦٤/٨، ٦٥، المنهاج مع المغني: ٢٩١/٣.

(٤) الأسرار: ١٥٨/٢/ب فيض الله، المبسوط: ٨٩/٦، رؤوس المسائل: ص ٤١٦.

(٥) في (ز): الخلاف.




محل[1] الشيء محل له، ألا ترى أن الجزء من الثوب المبيع يكون محل البيع؛ لأنه جزء من الثوب الذي هو محل البيع، فكان محل البيع، فكذلك هاهنا.

يبينه: أن البعض في محل الطلاق كالبعض في الطلاق، ثم بعض الطلاق جعل كُلًا في الوقوع كذلك بعض المحل جُعل كُلًا في الوقوع[2].

ويدل عليه: أنه إذا أضاف الطلاق إلى (جزءٍ مُشاعٍ)[3] وقع الطلاق، وجُعل كإضافته إلى الجملة، كذلك إذا أضافه[4] إلى جزء معين؛ لأن الجملة جملة[5] أجزاء متعيّنة كما أنها جملة[6] أجزاء مُشاع[7]، وَنُزّلت[8] [٢٣٨/أ] الإضافة إلى أحدهما منزلة الإضافة إلى الآخر، والتحقيق في المسألة هو: أن الطلاق قد وَجَدَ (وجه الوقوع)[9] فلابد وأن يقع لأنه مبني على غلبة الحصول وسرعة الوقوع، فمتى وَجَدَ وجهًا واحدًا في الوقوع يقع وأن بعُد ولم ينظر إلى سائر الوجوه التي تقتضي عدم الوقوع بدليل ما قدّمنا من الجزء الشائع، وأما بيان قولنا: أنه وجد وجهًا في الوقوع هو أنّ قوله: «أنتِ طالق» (يعم ذلك)[10]

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): محلية الوقوع.
(٣) في (ز): الجزء المشاع.
(٤) في (ز): أضاف الطلاق.
(٥) ليست في (ز).
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): شائعة.
(٨) في (ز): فنزلت.
(٩) في (ز): جهة وقوعٍ.
(١٠) في (ز): تضمن ذكر.

جملة المرأة واليد جزء من الجملة[١] قطعًا، فذِكْرُ الجملة ذكرٌ له قطعًا، كذكر الثوب ذكر لسلوكه وخيوطه فصارت اليد (محل الطلاق)[٢] من هذا الوجه، ومتى أضيف لفظ الطلاق إلى محل[٣] من وجهٍ مّا لم يجز أن يلغو كما سبق.

❁ وأمّا حجّتهم:

قالوا: اليد ليست (بمحل الطلاق)[٤] فوجب أن تلغو الإضافة إليه[٥] كسائر ما يضاف إلى غير محله.

وإنما قلنا: إنه ليست (بمحل الطلاق)[٦]؛ لأن الطلاق تصرف من التصرفات، والجزء المعيّن لا يكون محلًا لتصرفٍ مّا في جميع أصول الشرع، فلا يكون محلًا لهذا التصرف أيضًا، وهذا لأن محال التصرفات الشرعية إنما تثبت بالشرع، وإذا لم تثبت المحلية لليد لا بنص ولا قياس[٧] لم يكن محلًا بحالٍ ولا نص هاهنا[٨]، ولا قياس، فبطلت المحلية لليد من هذا الطريق؛ لأن محل إضافة الطلاق محل وقوع الطلاق، واليد ليست بمحل وقوع الطلاق فلا يكون محل إضافة الطلاق، والدليل على أنها ليست بمحل[٩]

---

(١) في (ز): المرأة.
(٢) في (ز): محلًا للطلاق.
(٣) في (ز): محله.
(٤) في (ز): محلًا للطلاق.
(٥) في (ز): إليها.
(٦) في (ز): محلًا للطلاق.
(٧) في (ز): بقياس.
(٨) ليست في (ز).
(٩) في (ز): محل.




وقوع الطلاق أن[1] الطلاق تبع النكاح في المحلية، فما لا يكون محل النكاح لا يكون محل الطلاق، وحرّروا وقالوا[2]: محل لا ينعقد النكاح بإضافته إليه فلا يقع الطلاق بإضافته إليه.

دليله: الجنين.

ثم المعتمد لهم إن محل الطلاق بدن[3] المرأة فإن الله تعالى قال: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[4] وقال: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾[5] ولأن الرجُل يقول للمرأة: «أنتِ طالق» يضيف[6] الطلاق إليها، فدل أن محلّ الطلاق بدنها[7] واليد تبع[8] للبدن، لأن حد التبع: ما لا يقوم بنفسه، ويقوم بغيره، واليد تابعة للبدن؛ لأنها لا تقوم (إلا به)[9]، ولأنه يتصور بدن بلا يد ولا يتصور يد بلا بدن، فثبت أنه[10] تابع للبدن، وإذا كانت تابعًا للبدن والبدن محل الطلاق فصارت (محل اليد)[11] محل الطلاق تبعًا، وإذا كانت تبعًا في إيقاع الطلاق كانت تبعًا في الإضافة.

---

(١) في (ز): أنها ليست محل النكاح و...

(٢) في (ز): فقالوا.

(٣) في (ز): هو بدن.

(٤) سورة الطلاق، آية: ١.

(٥) سورة البقرة، آية: ٢٣٧.

(٦) في (ز): فيضيف.

(٧) في (ز): هو بدنها.

(٨) في (ز): تابعة.

(٩) في (ز): بنفسها.

(١٠) في (ز): أنها.

(١١) ليست في (ز).

والحرف: أنه أضاف الطلاق أصلًا إلى ما ليس بمحله أصلًا فلغت الإضافة وصارت عدمًا.

يدل عليه: أن ما يدخل[1] في النكاح على جهةٍ يخرج منه بالطلاق على تلك الجهة، وقد دخلت اليد في النكاح على جهة التبعية فتخرج على هذه الجهة أيضًا، ليكون الخروج مطابقًا موافقًا للدخول، ولا يكون مخالفًا له.

قالوا: ويخرج على (ما قلنا)[2] الجزء الشائع لأنه ليس بتبعٍ، ولكنه بعض الأصل، ولهذا كان محلًا لسائر العقود (من البيع)[3]، والإجارة والرهن على أصلكم[4] بخلاف اليد، فإنها تبع، ألا ترى أنها تبع في سائر العقود كذلك في الطلاق.

قالوا: والدليل على أنها تبع في العقد أنها[5] لا يقابلها شيء من الثمن، ولو سقطت يد العبد قبل القبض بآفةٍ سماويةٍ لم يسقط شيء من الثمن لكن يتخيّر المشتري بين[6] الرضا والرد، وهذا[7] لأن الأطراف في باب العقود أوصاف، والأوصاف اتباع قطعًا.

قالوا: وليس يدخل على ما قلناه إذا أضاف[8] إلى الرأس والوجه؛ لأن

(١) في (ز): دخل.
(٢) في (ز): هذا.
(٣) في (ز): كالبيع.
(٤) في (ز): أصولكم.
(٥) في (ز): أنه.
(٦) في (ز): من.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): أضاف الطلاق.

عندنا إذا أراد الرأس والوجه الذي هو الجارحة لم يقع شيء وإنما يقع إذا أراد جميع البدن، وتلك الإرادة صحيحة؛ لأنه يُعبّر بالرأس والوجه عن جميع البدن على ما عُرف.

وأما في مسألتنا فعندكم إذا أراد اليد التي هي الجارحة وقع الطلاق ولا يُعتبر أن تكون جارحة يُعبر بها عن جميع البدن، حتى لو أضاف إلى شعرةٍ من شعورها[1] وأنملة من أناملها يقع[2] الطلاق، ومعلوم أن هذا لا يُعبِّر به عن جميع البدن، وموضع[3] الخلاف في مسألتنا أن[4] الجزء المعين هل يكون محل إضافة الطلاق إليه أم لا؟ فعندنا لا يكون، وعندهم[5] يكون، وفي مسألة الرأس والوجه ليس محل إضافة الطلاق هو الجزء المعين من الرأس والوجه، ولو نوى ذلك لم يقع أصلًا وإنما محل الإضافة جملة المرأة والرأس والوجه عبارة عن الجملة فيكون في الحقيقة مضيفًا للطلاق إلى الجملة، لا إلى الجزء المعين.

قالوا: ونقول: في النكاح إذا (أضاف النكاح)[6] إلى الرأس والوجه ينعقد النكاح إذا نوى به جميع البدن، وكذلك نقول في الجزء الشائع إذا أضيف النكاح إليه ينعقد النكاح؛ لأنه إضافة إلى بعض الأصل والنكاح مما[7]

---

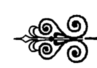
(١) في (ز): شعرها.
(٢) في (ز): وقع.
(٣) في (ز): فموضع.
(٤) في (ز): هو أن.
(٥) في (ز): عندكم.
(٦) في (ز): أضافه.
(٧) ليست في (ز).

لا يتجزّأ في المحل، وذِكرُ بعض ما لا يتجزّأ يكُون كذكر الكل، قالوا: [٢٣٨/ب] وليس يلزم إذا قال: «طلقتُك يومًا أو شهرًا»: حيث يقع الطلاق؛ لأنه أضافه[١] إلى محله فإنه قال: «طلقتُك»، فأما قوله: «إلى يوم أو إلى شهر» فقد أراد قصر الطلاق على هذا القدر من الزمان بعد أن أضافه إلى محله (الذي هو محله)[٢] فيكون قصره على زمان دون زمان باطلًا مردودًا عليه (ويقع لإضافته إلى محله)[٣]، أما في مسألتنا فقد أخطأ التصرف محله على ما بيّنا من قبل فلغى.

قالوا: وأما إذا أضاف النكاح إلى زمان معين فليس هو بنكاحٍ إنما هو عقد متعة، وهذا لأن العقد على البُضع عقدان: متعةٌ ونكاحٌ فالمؤقّت منه متعة والمطلق نكاح، فإذا قال: «تزوجتُك شهرًا» يصير[٤] كأنه كنى بالنكاح عن المتعة، وإذا كنى بعقدٍ عن عقدٍ لم ينعقد العقد الأول، ومثل هذا لا يوجد في الطلاق المؤقت؛ لأنه طلاق بكل حال.

قالوا: وليس يدخل على ما قلنا فروع الإيمان حيث يَكفُرُ إذا أنكر شيئًا منها بقبوله، ولا يصير مؤمنًا بقبوله، لأنا لم نوقع الطلاق في مسألتنا لأن اليد تبع، فأما في فروع الإيمان فالقبول في الكل أصل حتى لو لم يقبل في الابتداء واحدًا منها لم يصر مؤمنًا، وإن قَبِلَ الكل فلا جرم، إذا أنكر في الانتهاء بعضها يصير كافرًا وهذا لأن القبول للشرائع الثبوت[٥] ابتداءً والبقاء انتهاءً،

(١) في (ز): أضاف الطلاق.
(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): فيصير.
(٥) في (ز): شرط الإيمان للثبوت.

والشرط إذا فات ابتداءً لم يثبت، وإذا فات بقاءً لم يبق الإيمان[١]، (وفي مسألتنا بخلافه على ما سبق)[٢].

قالوا: ولا يجوز أن يقال: ينبغي أن يضمر طلاق الجملة في قوله: «يدكِ طالق» ليصح الطلاق[٣]؛ لأن الجملة لما كانت أصلًا واليد تبعًا فإثبات المتبوع إضمارًا واقتضاءً لا يجوز؛ لأن المقتضَى[٤] تبعٌ المقتضِي فحينئذٍ يصير التبعُ متبوعًا والمتبوعُ تبعًا.

❁ **الجواب:**

إنا قد[٥] دللنا على ثبوت المحلية وعلى الوجه الذي قدمنا[٦]، وقلنا[٧]: لا يرد عليه شيء من كلامهم الذي قالوا[٨]: لأنا لا نقول: إن اليد محل الطلاق[٩] وقوعًا، وَمَنْ قال من أصحابنا: أن[١٠] يقع الطلاق عليها ثم يسرى إلى جملة[١١] البدن فقد غَلِطَ، ويدخل عليه جميع ما قالوه، وإنما نقول: إن اليد محل إضافة[١٢] الطلاق ليقع الطلاق على الجملة ابتداء، (مثل الجزء

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): وليس هذا من مسألتنا في شيء.
(٣) في (ز): طلاق اليد.
(٤) في (ز): للمقتضى.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): ذكرناه.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): أبدوه.
(٩) في (ز): للطلاق.
(١٠) ليست في (ز).
(١١) في (ز): جميع.
(١٢) في (ز): لإضافة.

الشائع يكون محلًا لإضافة الطلاق، فيقع الطلاق على الجملة ابتداء)[1] وإنما جعلناه كذلك؛ لأن اليد بعض المحل ذِكرًا فإنه إذا قال: «أنتِ طالق» واليد جزء منها فعلى القطع قد ذَكَرَ كلّ[2] جزءٍ منها، مثل الثوب الذي استشهدنا به، وإذا كان بعض المحل من هذا الوجه صحت الإضافة، ولم يجز إلغاؤها، ثم إذا لم تلغُ وقع الطلاق على الجملة[3]؛ لأن البعض بمنزلة الكل في محل الطلاق، كما أن البعض بمنزلة الكل في الطلاق[4] الواقع، وكما نقول في الجزء الشائع.

فأما قولهم: إن اليد تبع.

قلنا: يجوز أن يُنازَعوا فيقال: إذا كان هذا الجزء[5] تبعًا فكذلك في[6] كل جزء معين صار[7] الجميع اتباعًا، فأين المتبوع؟، فإن قالوا: جملة الأجزاء المعيّنة متبوعة، ثم إذا (أضيف شيء)[8] إلى كل واحد منها يكون تبعًا.

قلنا: فاجعلوا[9] في الجزء الشائع كذلك كما بيّنا أن الجملة جملة أجزاء

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): جملة المرأة.
(٤) في (ز): ذات.
(٥) في (ز): الجزء المعين.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): وإذا صار.
(٨) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٩) في (ز): فقولوا.

شائعة، كما أنها جملة أجزاء معيّنة[1] ثم المعتمد من[2] الجواب: أن اليد تبع قيامًا على معنى أنه لا تقوم إلا بالبدن، لكنها أصلٌ ذِكرًا فإن ذِكْرَ الجملة ذِكْرُ أجزاء الجملة معيّنها وشائعها، فلا يكون تبعًا محضًا، ألا ترى أن حقوق الأراضي[3] لما كانت أتباعًا كان[4] ذِكْرُ الأرض ذِكْرًا لها[5]، وكذلك الجنين في بيع الأم وعتقها لما كان تبعًا لم يكن ذِكْرُ الجملة ذِكْرًا له بل دخل من غير ذِكْرٍ، وإذا ثبت أن اليد أصل من هذا الوجه فقد وَجَدَ الطلاقُ وجه وقوعٍ لإضافته إلى ما هو أصلٌ من وجهٍ وقد سبق تقرير[6] هذا وقد قال بعض أصحابنا ممن يدعي التحقيق: أن اليد أصل من وجهٍ وذلك في أنها لا تنفصل عن الأصل في الحِلّ والحرمة، فصار من هذا الوجه بمنزلة الأصل إلا أن الأول أولى؛ لأن عدم الانفصال لا يوجب الخروج على[7] التبعية، فإنه يجوز أن يكون التبع غير مفارقٍ عن متبوعه في حكمه، وعدم المفارقة أولى بالاتباع، فيجوز أن يُستدل بهذا على تحقق التبعية، فالاعتماد على الأول. وبعض أصحابنا قال: وإن كان تبعًا لكن الطلاق لمَّا بُني على الغلبة (والسَّرَاية)[8] وسرعة الوقوع يجوز إضافته إلى التبع، وجعله[9] بمنزلة الأصل، وهذا أيضًا

(١) في (ز): متعينة.
(٢) في (ز): في.
(٣) في (ز): الأرضى.
(٤) في (ز): لم يكن.
(٥) في (ز): محضًا لها.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): عن.
(٨) ليست في (ز).
(٩) في (ز): ويجعل.

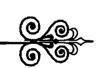
ضعيف؛ لأنهم يقولون: وإن بُني الطلاق على الغلبة لكن بعد أن يُصادف محله فبيِّنوا المحل أولًا، وأيضًا هو أن الطلاق وإن بنى على الغلبة فالمتبوع بُني على الغلبة؛ لأنه يغلب على التبع فيعارضون تلك الغلبة التي ندّعيها بهذا [٢٣٩/أ] النوع من الغلبة فالوجه هو الجواب الأول، وقد تبين[١] وَوَضَحَ فلا ينبغي أن يُتَجاوزَ عنه إلى غيره.

وأما استدلالهم بالنكاح قلنا: يدخل عليه[٢] فصل الزمان المعيِّن[٣] فإنه إذا قال: «طلقتك شهرًا» يقع بخلاف ما إذا قال: «تزوّجتك شهورًا[٤]» (فإنه لا)[٥] ينعقد.

وقولهم: إن النكاح المؤقت كناية عن المتعة. كلام باطل؛ لأن زُفَر من أصحابهم قال: في هذه الصورة يصح النكاح، ويبطل شرط التوقيت[٦] ولو قضى قاضٍ من قضاة المسلمين على قول زُفَر فإنه يصح، ولو قضى بالمتعة بطل بالإجماع، ولأنه صرّح بالنكاح فكيف يكون هو متعة؟ ثم الجواب عن أصل النكاح وهو[٧] أن النكاح لم يُبنَ على الغلبة، وسرعة الوقوع فإذا أُضيف إلى بعض المحل لم ينعقد حتى يضاف إلى جميع محله، وأما الطلاق لما

---

(١) تبين جدا.
(٢) في (ز): على التعلق بالنكاح.
(٣) في (ز): المعين المؤقت.
(٤) في (ز): شهرا.
(٥) في (ز): لم.
(٦) الأسرار ـ كتاب النكاح ص٣٩٠ ـ ٣٩١، فتح القدير ٣/٢٤٩.
(٧) في (ز): هو.

بُني على الغلبة (والسَّرَاية) فإنه[1])[2] إذا أُضيف إلى بعض محله وَقَعَ وَجُعِلَ البعض بمنزلة الكل، ولهذا المعنى نقول: لو أضاف النكاح إلى جزء شائع لم ينعقد[3]، وكذلك إذا أضافه إلى الرأس والوجه بخلاف الطلاق، وأما المجادلة التي يقولها الأصحاب من مطالبتهم بإضمار (الطلاق من الجملة)[4]، أو إثباته على طريق الاقتضاء فمطالبة حسنة جدًا، ومجادلتهم[5] قوية وعذرهم ضعيف؛ لأن الشيء قد يقتضي سببه مثل قول القائل[6]: «اعتق عبدك عني على ألف»، ثبت الملك على طريق الإدراج في اللفظ ليصح التماس العتق، فكذلك[7] وجب أن يثبت في مسألتنا طلاق الجملة على طريق الاقتضاء والإضمار ليصح طلاق اليد، وكما أن الجملة أصل واليد تبع كذلك الملك أصل في السببية والتصرف الثابت به تبع، فهذا يقال في المسألة على طريق الجدال، والفقه ما سبق. والله أعلم.

(١) في (ز): وسرعة الوقوع.
(٢) في (ز): فإذا.
(٣) في (ز): لم ينعقد النكاح.
(٤) في (ز): طلاق الجملة.
(٥) في (ز): ومجادلة.
(٦) في (ز): الإنسان الغيره.
(٧) في (ز): كذلك.



※ (مَسْأَلَة):

طلاق الْمُكْرَه غير واقع عندنا[1]، وعندهم: واقع[2]، وكذلك (الخلاف في العتاق)[3][4].

لنا:

أن النكاح[5] حق الزوج فلا يسقط إلا برضاه. دليله: سائر الحقوق، وهذا لأن حقوق الناس محترمة باحترام الشرع محفوظة بحفظه، وحق حفظها واحترامها أن لا تسقط إلا برضا صاحبها[6]. يدل عليه: أن أمواله معصومة بعصمته فكذلك حقوقه وجب أن تكون معصومة بعصمته، وفي إسقاط النكاح بغير رضا الزوج حكم بضياع حقه من[7] النكاح، فإنه لا ضَياع أكثر من تسليط الغير على حقوق الغير، وإذا قلنا: إن طلاق المكرَه يقع في هذه الصورة، فلابد أن يتضمن نوع تسليط[8] وهذا التسليط[9] يأباه الشرع، ألا ترى أن البيعَ الصادرَ عن المكرَه وإجارتَه ورهنَه وسائرَ عقوده لا تقبل[10] مواجبها بنفسها

(١) النكت ورقة ٢٢٠/ب، كشف الأسرار: ٣/٣٧٥، التهذيب ٦/٧٥.
(٢) الأسرار ـ كتاب النكاح ص٣٨٩.
(٣) في (ز): عتاقه عندهم.
(٤) التهذيب ٦/٧٥، الأسرار ـ كتاب النكاح ص٣٨٩.
(٥) في (ز): الطلاق.
(٦) في (ز): أصحابها.
(٧) في (ز): في.
(٨) في (ز): تسلط.
(٩) في (ز): التسلط.
(١٠) في (ز): تفيد.

لعدم الرضا به[1] في هذه العقود، كذلك في الطلاق والعتاق لم يقع من المكرَه لعدم الرضا من المطلِّق، والمعتِق.

وأما سائر أصحابنا تعلقوا[2] في هذه المسألة بفَصل عدم القصد قالوا: إن المكرَه غير قاصد إلى الطلاق بالطلاق[3] وإنما هو قاصد إلى دفع شر المكرِه عن نفسه، والطلاق كلام له معنى وإنما وَقَعَ بمعناه لا بصورته، وقد صار معناه في هذا الموضع دفع الشر.

والحرف: أن قوله: «أنتِ طالق» في هذه الصورة كلام لمعنى دفع الشر، لا بمعنى إسقاط ملك النكاح، فتحقق بالمعنى الأول، لا بالمعنى الثاني، فصار في معنى إسقاط ملك النكاح بمنزلة حكاية لفظ الطلاق من حاكي أو لفظ طلاق من مفتًى (دون الإيقاع)[4]، وبمثل هذا لا يقع الطلاق، كذلك في مسألتنا، والدليل على أن القصد إلى الطلاق شرط لوقوع الطلاق، إنا أجمعنا على (أهلية القصد)[5] شرط حتى لا يقع طلاق الصبي والمجنون لفقد أهلية القصد.

ويدل عليه: أن الطلاق التزام حكم من أحكام الشرع، والقصد ركن في التزام الأحكام؛ لأنه لا يتصور التزام من غير قصدٍ وهذا دليل معتمد، ويشهد له سائر أصول الشريعة، وعندي أن الطريق[6] الأُولى أجرى في النظر وأقطع

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): فإنهم تعلقوا.
(٣) ليست في (ز).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): الأهلية للقصد.
(٦) في (ز): الطريقة.

للشغب، وقد استدل الأصحاب بفصل الإقرار بالطلاق فإنه[1] لو أُكره عليه لم يثبت، وبفصل الردة فإنه لو أُكره عليها لم تقع الفرقة بينه وبين امرأته، وسنُبين وجه تخريجهم الفصلين على طريقتهم.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: طلاق صَدَرَ عن أهله مضافًا[2] إلى محله فوجب أن يقع.

دليله: إذا كان هازلًا أو طائعًا، ودليل (أن الأهلية موجودة، وصار أهل الطلاق)[3] بعقله وبلوغه، وهما قائمان بعد الإكراه؛ ولأن المكرَه مكلَّف فيما أُكره عليه بدليل ثبوت[4] أحكام الشرع في حقه حتى إذا أُكره على إتلاف المال[5] يُباح إتلافه وإذا أُكره على أكل الميتة يجب أكله[6]، وإذا أُكره على القتل يحرم القتل، وإذا أُكرَه على الكفر [٢٣٩/ب] يُرَخَّص في إجراء كلمة الكفر على لسانه بشرط أن يكون قلبه مطمئنًا بالإيمان، وإن لم يُجر كلمة الكفر وَصَبَرَ حتى قُتل فهو أولى، وإذا ثَبَتَ أنه مكلف فيما أُكره عليه تثبت الأهلية؛ لأن المكلف أهل الطلاق[7] بلا إشكال، وأما المحلية فلأنها في نكاحه، وإذا كانت في نكاحه كانت محل طلاقه[8]، فإذا ثبت أنه أهل للطلاق

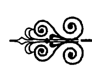
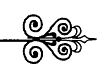
---

(١) في (ز): وانه.
(٢) في (ز): مضاف.
(٣) في (ز): الأهلية أنه صار أهلًا للطلاق.
(٤) في (ز): بلوغ.
(٥) في (ز): مال الغير.
(٦) في (ز): أكلها.
(٧) في (ز): للطلاق.
(٨) في (ز): الطلاق.

والمرأة[١] محل الطلاق والتصرف (إذا صَدَرَ عن)[٢] أهله وَوَضَعَه في محله فلابد من ثبوته وحصوله بدليل سائر التصرفات، وبدليل الأفعال الحسية فإنه متى وُجد من أهله في محله تحقق مثل الكسر في محل الكسر، والضرب في محل الضرب، والوضع كذلك[٣]، وأمثال هذا تكثر جدًا، وهذا لأن تأثير الإكراه في التصرفات ليس هو إلا أن يصير المكرَه آلة للمكرِه؛ لأن المكرَه فَعَّال حُمِل على الفعل فكان آلة للحامل مثل الرجل يحمل السيف القاطع (ويستعمله)[٤][٥] في القطع، والنارَ المحرق[٦] (ويستعمله)[٧][٨] في الإحراق فيصير[٩] آلة للإحراق[١٠] كذلك في مسألتنا وتمام هذا في مسألة المكرَه على القتل[١١].

وإذا ثبت أن عمل الإكراه هذا فنقول[١٢]: إنما يصير المكرَهُ آلةً للمكرِه إذا تصوّر حسًا[١٣] أن يجعل منه آلة لنفسه في ذلك الشيء الذي أُكره عليه،

(١) في (ز): وأن المرأة.
(٢) في (ز): متى فعله.
(٣) في (ز): في محل الوضع.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): على.
(٦) في (ز): المحرفة.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): على.
(٩) في (ز): يصير.
(١٠) في (ز): للحامل.
(١١) ينظر: ٤/٧٢ من هذا الكتاب.
(١٢) ليست في (ز).
(١٣) في (ز): محسوسًا منه.

وهذا في القتل، وإتلاف المال[١]؛ لأن هذه التصرفات تصرفات فعل[٢]، وآلة الفعل اليد ويتصوّر أن يُتلف أو[٣] يقتل بيده، فأما الطلاق والعتاق فتصرف من حيث القول، ولا يتصور أن يكون آلة للمكرِه فيه؛ لأن (القول هو التكلم باللسان)[٤] والتكلم بلسان الغير محال إلا أنه إذا أَكرهه على عتق عبده يرجع بقيمة العبد عليه؛ لأن الإعتاق يتضمّن شيئين: إسقاط الرق وذلك بالقول، وإتلاف المالية وذلك يكون بالفعل، ألا ترى أنه يقتل عبدَ غيره فيتلف المالية فيه ولا يوجد منه إسقاط الرق، وإذا تضمّن الإعتاق شيئين ينفصل أحدهما عن الآخر فيجعل فعله بمنزلة فعلين فيصير في إتلاف المالية آلة للمكرِه فيرجع بقيمته إليه، وفي إتلاف الرق يقتصر فعله عليه؛ لأنه لا يتصوّر أن يكون فيه آلة للمكرِه، وقد ذكرنا مثل هذا في مسألة المكرَه على القتل[٥].

قالوا: وأما قولكم: إن الرضا ما وُجِدَ[٦] من المكرَه، بلى، لم يوجد[٧] ولكن الرضا ليس بشرط في وقوع العتق والطلاق، بدليل الهازل يقع طلاقه وعتاقه والرضا مفقود فيه[٨] في الصورتين وكذلك لو شرط الخيار فيهما لا يصح، وشرط الخيار استثناء الرضا[٩] نصًّا، والإكراه يفقد الرضا استدلالًا

---

(١) في (ز): المال متصور.
(٢) في (ز): أفعال.
(٣) في (ز): بأن.
(٤) في (ز): آية القول هو اللسان.
(٥) ينظر: ٧٢/٤ من هذا الكتاب.
(٦) في (ز): لم يوجد.
(٧) ليست في (ز).
(٨) ليست في (ز).
(٩) في (ز): للرضا.

فإذا كان الخيار الذي يفقد الرضا نصًّا لا[١] يعمل فالإكراه الذي يفقده من حيث الاستدلال (لأن لا يعمل)[٢] أولى، (وهذا)[٣] لأن الفعل من الراضي والساخط على وجهٍ واحدٍ بدليل الأفعال الحسية، فإن الإنسان إذا فعلها صحت منه ساخطًا كان أو راضيًا. وحرفهم في هذا: أن صحة الفعل لا تستدعى إلا صدره من أهله في محله، فمتى وجد هذا فلابد من حصول الفعل وصحته، (وأما)[٤] الرضا شرط[٥] زائد في البياعات بنص الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[٦] وليس الطلاق والعتق في معنى البيع حتى يلحقانه[٧]؛ لأن العتق والطلاق على سرعة الحصول بخلاف البيع.

قالوا: وأما قولكم: إن القصد لا يوجد من المكرَه.

قالوا: القصد غير معتبر عندنا في وقوع الطلاق حتى لو سبق على لسانه[٨] كلمة الطلاق من غير قصدٍ وقع الطلاق، وأيضًا فإن الهازل ليس بقاصدٍ إلى الطلاق من هذه الكلمة بل هو قاصد إلى[٩] العبث ومع ذلك يقع طلاقه، وهذا لأن القصد أمر في الباطن لا يمكن الوقوف عليه فلم يجز إدارة

---

(١) في (ز): لم.
(٢) ما بين القوسين ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): فأما.
(٥) في (ز): فشرط.
(٦) سورة النساء، آية: ٢٩.
(٧) في (ز): يلحقا به.
(٨) في (ز): لسان الإنسان.
(٩) ليست في (ز).



الحكم عليه، وأُديرَ الحكم على أهليّة القصد وخرج عليه الصبي، والمجنون، والنائم.

قالوا: وإن سَلّم مسلّم إن القصد معتبر فقد وُجد في مسألتنا لأن الإكراه ليس بمعنى (ينافي القصد)[1]، إنما المنافي للقصد هو السهو، وأما المنافي للإكراه هو الطَّوع أو[2] الرضا، وإذا كان لا ينافيه فبأيّ طريق ينتفي القصد، وقد أقدم على الطلاق عن عقلٍ وتمييزٍ وعلمٍ بمعناه؟ ومَن كان إقدامه على الشيء بهذا السبيل فلابد أن يكون قاصداً.

يبينه: أنه عَرَفَ القتلَ وما فيه والطلاقَ وما فيه فاختار أهون الشَّرينِ[3] على أعظمها[4]، فنقطع أنه قاصد إليه لدفع[5] القتل عن نفسه، ولأنه[6] حُمل عليه وقد فَعَلَ ما حُمل عليه فمن أين يقول القائل أنه لم يقصده[7]؟.

وقوله[8]: لأنه قَصَدَ دَفَعَ الشر، بلى، ولكن قصد دفع الشر بقصده[9] الطلاق، وهذا لأن إرادته [٢٤٠/أ] شيئًا آخر بالطلاق، لا يسلب قصده إلى الطلاق كَمَنْ طلّق إحدى الأختين فتزوّج بالأخرى أو إحدى الأربع ليتزوج بالخامسة.

(١) في (ز): منافٍ للقصد.
(٢) في (ز): و.
(٣) في (ز): الشئين.
(٤) في (ز): أعظمهما.
(٥) في (ز): ليدفع.
(٦) في (ز): وإنما.
(٧) في (ز): يقصد.
(٨) في (ز): وقولكم.
(٩) في (ز): بقصد.

قالوا: وأمّا إذا أُكره على الإقرار بالطلاق فإنما لم يصح؛ لأنه خبر انعدم فيه المخبرَ به بدليله، فإنه خبر يحتمل الصدق والكذب[1]، وإنما يترجح أحدهما على الثاني بدليل مرجّح والطَّوع دليل رجحان جهة الصدق، والإكراه دليل رجحان جهة الكذب؛ لأن الدين والعقل يحملان على الصدق ويزجران عن الكذب (إذا لم يوجد غرض)[2]، فأما إذا وجد غرضُ دفع القتل (عن نفسه)[3]، ترجّح الداعي إلى الكذب على الداعي إلى الصدق، فأمّا في مسألتنا هذا إنشاء محض فلا يستدعى إلا ما قلنا من قبل.

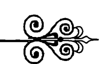
قالوا: وأما الإكراه على الردة إنما[4] منع وجود الردة بالشرع، ولولا الشرع لحكمنا بالردة، وأيضًا فإن الردة تدور على الاعتقاد وهو غير معتقدٍ للكفر (في حال الردة، وليس كما لو هَزَلَ بكلمة الكفر)[5]؛ لأنا إنما كفرناه للتهاون بالدين، فإن الشرع أوجب تعظيم الدين ومن تعظيم الدين أنه لا يتكلم بكلمة الكفر لا جادًا ولا هازلًا.

وأما في مسألتنا فالطلاق يدور على لفظٍ مخصوصٍ من أهله في محله على ما سبق، (وإن)[6] كان معتقدًا له أو غير معتقد.

قالوا: وأمّا إذا أُكره على الإسلام فإنما صححنا منه الإسلام بالشرع؛

---

(١) في (ز): ويحتمل الكذب.
(٢) في (ز): إلّا لغرضٍ.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): فإنما.
(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٦) ليست في (ز).



لأن الشرع لما (وَرَدَنا يحمل)[1] على الإسلام بالسيف بقوله تعالى: ﴿تُقَـٰتِلُونَهُمۡ أَوۡ يُسۡلِمُونَ﴾[2] فكيف يتصور أنه إذا حُمل (على الإسلام بالسيف لا)[3] يصير مسلمًا؟.

قالوا: وأما إذا أكره على البيع ينعقد إلا أنه يكون فاسدًا لفقد الرضا، (وقد سُلمت أنها شرط في البيع)[4]، ويصير حكمه حكم البياعات الفاسدة ويوجب الملك عند التسليم بخلاف مسألتنا على ما سبق.

۞ **الجواب:**

أما قولهم: إنه طلاق من أهله (في محله)[5].

قلنا: نسلم[6] هذا، ولكن لِمَ قلتم: إن هذا كافٍ، ويمكن أن ينقض هذا بالنائم[7] والصبي، فإنهما أهل للطلاق[8]، بدليل أن مَنْ وكّل إنسانًا بطلاق امرأته ثم نَامَ وطلّق الوكيل صح، وفي الصبي لو كان مجبوبًا يفرق القاضي بينه وبين زوجته[9]، ويكون طلاقًا عندهم، ثم المعتمد من الجواب أن ما ادّعيتم[10]

(١) في (ز): وردب الحمل.
(٢) سورة الفتح، آية: ١٦.
(٣) في (ز): عليه بالسيف أن لا.
(٤) في (ز): وقد بينا أن الرضا شرط في البيع ففسد بفوات الشرط.
(٥) في (ز): وجد مضافًا إلى محله.
(٦) في (ز): لا نسلم، وهو خطأ.
(٧) في (ز): أو.
(٨) في (ز): الطلاق.
(٩) في (ز): امرأته.
(١٠) في (ز): ادعيتموه.

وإن وجد ولكن فُقد شرط التصرف وذلك الرضا على ما ذكرنا.

وقولهم: إن الرضا ليس بشرط.

قلنا[1]: قد دللنا أنه شرط وهذا لأن الشرعَ ناظرٌ للعباد في أملاكهم، وحقوقهم، (وليس من النظر أن لا يعتبر)[2] رضا العبد في سقوط حقه، ومتى أسقطنا الرضا تركنا النظر للعباد، ألا ترى أن الرضا صار شرطًا في البيع نظرًا للعباد في حقوقهم.

وقولهم: إن الرضا شرط زائد في البيع ثبت بالنص.

قلنا: هو ثابت بالنص، (فكذلك هاهنا وجب أن يثبت أيضًا قياسًا عليه للمعنى الذي سبق تقريره)[3].

وقولهم: إن الطلاق ليس في معنى البيع.

قلنا: الداعي إلى النظر هو حرمة هذه الحقوق شرعًا، وهذه الحرمة ثابتة للجميع على وجه واحد. وأما تعلقهم بفصل الهازل.

قلنا: وجد هناك الرضا باللفظ الموضوع للطلاق شرعًا حيث أقدم عليه طائعًا فصار الرضا بالطلاق، رضًا بمعناه الذي (وُضع له معهودًا ومشروعًا)[4] ولم ينظر إلى دعوى الهزل (بهذا اللفظ؛ لأنه أقدم عليه طائعًا)[5] منه وهكذا

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): ومن النظر أن يعتبر.

(٣) في (ز): وجارٍ على وفق قواعد الشرع.

(٤) في (ز): هو له معهودِ أو مشروع.

(٥) ليست في (ز).



نقول في جميع العقود أنها صحيحة من الهازل لهذا المعنى الذي قلناه، وأما في مسألتنا فلم يوجد الرضا بهذا اللفظ؛ لأنه أقدم عليه على سُخطٍ وكراهيةٍ وعلى خوف من السيف.

يبينه: أنا اعتبرنا الرضا نظرًا للعباد، وفي مسألة الهازل قد تَمّ النظر حيث فوّضه إلى اختياره، فإذا أقدم عليه عن اختيارٍ فهو الذي تَرَكَ النظرَ لنفسه، فلا يجب على الشرع أن ينظر له، وأما[1] في مسألتنا فالمكرَه يستحق النظر ومن النظر[2] أن لا يلزمه الطلاق إلا برضاه.

وأما مسألة الخيار قلنا[3]: القياس[4] الكلي أن لا يصح شرط الخيار في عقدٍ مَّا؛ لأن الإقدام على العقد سبب تمام[5] في حقوق الرضا فلا يصح استثناء الرضا مع وجود[6] الرضا، إلا أنه جُوّز شرط الخيار في البيع بالنص (غير معقول المعنى)[7]؛ لأنه عقد مغابنةٍ فبقي ما سواه على أصل القياس.

وأما قولهم: إن عمل الإكراه في جعل المكرَه آلة للمُكرِه، كلام باطل، ولا يتصوّر أن يكون العاقل المختار آلة لرجل[8] في فعله، وعلى أنا قد بيّنا أن الإكراه عمله في سلب الرضا وهو شرط (إيقاع الطلاق)[9]، وأما اعتراضهم

---

(١) في (ز): فأما.
(٢) في (ز): النظر له.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): فالقياس الأصلي.
(٥) في (ز): تام.
(٦) في (ز): وجود سبب.
(٧) في (ز): لدفع الغبن.
(٨) في (ز): لأحدٍ.
(٩) ليست في (ز).

على فصل القصد فالاعتماد وإن كان على فصل الرضا، فيمكن تمشية هذه الطريقة أيضًا [٢٤٠/ب] ووجهُ شرط أصل القصد ذلك الحرف الذي بيّنا وهو التزام الحكم، والالتزام لا يتصوّر من غير قصدٍ.

وقولهم: إن القصد أمر باطن.

قلنا: ولكن يوصل إلى وجوده بدليل ظاهر وكذلك يُعرف فقده بدليل ظاهر من الطَّوع والإكراه، وأما كلامهم[١] في أن القصد موجود فقد قرّرنا كلامنا[٢] في هذا الفصل على وجهٍ تندفع به تلك الكلمات والحرف في هذا (الفصل هو أن)[٣] المطلوب من[٤] قوله: «أنتِ طالق» في هذه الصورة، ليس إلا دفع الشر عن نفسه وهو في الحقيقة دافع للشر، وليس بمطلِّقٍ، وصار معنى اللفظ في هذه الصورة، هذا دون إسقاط النكاح، وأما مسألة[٥] الأخت والخامسة فقد قصد الطلاق للمعنى الذي وُضِع[٦]؛ لأنه لا يصل[٧] إلى الأخت الثانية والخامسة إلا باستعماله في المعنى الذي وُضع له.

وأما في مسألتنا يصل إلى دفع الشر بصورة الكلمة عن غير أن تحقق منه القصد إلى المعنى، ونزل منزلة الحاكي، هذا نهاية الكلام في هذا الفصل.

وأما فصل الهازل (فوجه تخريجه)[٨] على هذه الطريقة: أن القصد إلى

---

(١) في (ز): كلماتهم.
(٢) في (ز): كلماتهم.
(٣) في (ز): هو أن المعنى.
(٤) في (ز): في.
(٥) في (ز): في مسألة.
(٦) في (ز): وضع له.
(٧) في (ز): يتوصل.
(٨) في (ز): نخرجه.




اللفظ قد وُجد، وهذا اللفظ له معنى في الشرع، وإنما ينصرف عن هذا المعنى إلى معنى آخر، إذا كان ذلك المعنى معتبرًا والعبث والهزل غير معتبر فلم ينصرف عن المعنى الموضوع له شرعًا وحقق منه قصد ذاك المعنى، وإن لم يقصد.

وأما في مسألتنا وقد[1] قَصَدَ باللفظ معنىً معتبرًا في الشرع وهو دفع شر المكرِه عن نفسه، فانصرف عن المعنى الموضوع إلى هذا المعنى، فصار هو المراد، والمقصود وفات وقوع الطلاق بهذا اللفظ[2] وباقي ما تعلّق به الأصحاب فليس عليه اعتماد فتركناه. والله أعلم.

※ (**مَسْأَلَة**):

المبتوتة في مرض الموت لا ترث عندنا بحال[3].

وعندهم: إذا مات الزوج وهي في العدة ترث[4]، وصورة المسألة فيما لو طلّقها ثلاثًا[5].

لنا:

أن الطلاق الثلاث مسقط للإرث بدليل ما لو كان الطلاق في حالة

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): الطريق.

(٣) الأم: ٥/٢٥٤، النكت: ورقة ٢٢٣/أ، المهذب: ٤/٨١، التهذيب: ٦/١٠٢، الروضة: ٨/٧٢، السنن الكبرى للبيهقي: ٧/٣٦٢.

(٤) المبسوط: ٦/١٥٤، فتح القدير: ٤/١٤٥، ١٤٦، رؤوس المسائل: ص٤١٨.

(٥) رؤوس المسائل: ص ٤١٩.




الصحة فإنه يُسقط إرثها بالاتفاق فلو لم يسقط الإرث في مسألتنا (لم يسقط بمانع)[1] شرعي في السبب، وهذا لأن السبب العامل إنما يمتنع عمله لمانع يتصل به كسائر الأسباب، إنما يمتنع عملها لمانع يتصل بها شرعًا، وإذا كان السبب مطلقًا في الشرع لابد (وأن يعمل)[2] عمله وبالمرض لم يحدث مانع في السبب؛ لأن المريض يباح له أن يطلّق كما يباح له إذا كان صحيحًا، وحكم الطلاق في حال المرض مثل حكمه[3] في حال الصحة على المذهبين جميعًا، وإذا لم يحدث بالمرض (مانع في السبب فيعمل)[4] عمله على ما كان من قبل وصار الطلاق الثلاث في الزمانين على وجهٍ واحدٍ شرعًا وعملًا.

وقد تعلق الأصحاب في هذه المسألة بزوال النكاح جملة[5] في مرض الموت، واستدلوا عليه (بدلائل معهودة)[6]، وقد ذكرناها[7] في مسألة نكاح الأخت في عدة الأخت وهو كلام حسن، إلا أن الذي يختص بهذه المسألة هو الكلام الذي بيّناه.

۞ وأمّا حجّتهم:

تعلقوا بإجماع الصحابة وبأثر عبد الرحمن بن عوف وتوريث عثمان

---

(١) في (ز): لكان لا تسقط إلا لمانع.
(٢) في (ز): أن يكون عاملًا.
(٣) في (ز): حكم الطلاق.
(٤) في (ز): منع في السبب بقي السبب في...
(٥) في (ز): جملة بالإطلاق.
(٦) في (ز): بالدلائل المعهودة.
(٧) في (ز): ذكرناه.



امرأته، وهو مشهور معروف[1].

وأما الكلام من جهة المعنى قالوا: النكاح قائم في حق الإرث كما[2] قبل الطلاق (فوجب أن ترث)[3]، ودليل قيام النكاح في حق الإرث هو: أن الشرع أوجب تعليق[4] حق الوارث بمال المريض في (موت المرض)[5] ولهذا مُنع من التبرع بما زاد على الثلث، فإنما[6] منع لحق الورثة بدليل أنهم لو أجازوا جاز؛ لأن حق الورثة يتعلق بالتركة بعد الموت، والمرض سبب الموت فليستند هذا الحق إلى سببه على ما عُرف في المسائل، وإذا عُرف هذا الأصل فالمرأة وارثة والمرض مرض الموت؛ لأنه تبين (عند اتصال)[7] الموت به، وقد[8] تعلق حقها بماله وسبب هذا الحق هو النكاح فيتعلق حقها بالنكاح كما يتعلق بالمال الذي هو المحل، وهذا لأن السبب موصل إلى الحق فما يوصلها إلى حقها يتعلق به حقها[9]، ولهذا قلنا: لو ادعى عبدًا في يد إنسان أنه عبده اشتراه من إنسان وهو غائب، وأقام البينة على شرائه منه صح، وصار سبب حقه حقًا له حتى أطلق الشرع له إثباته، كما أطلق إثبات أصل الحق؛ لأنه لا يتصوّر إقامة البينة إلا على ما هو حقه، والدليل عليه

(١) ينظر: المبسوط: ٦/١٥٥، فتح القدير: ٤/١٤٥، ١٤٦.
(٢) في (ز): فصار كما.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): تعلق.
(٥) في (ز): مرض الموت.
(٦) في (ز): وإنما.
(٧) في (ز): باتصال.
(٨) في (ز): فقد.
(٩) في (ز): تبعًا لحقها.

أيضًا أن التبرع في المال إنما منع المريض عنه[1] بهذا الطريق، إلا أن المحل[2] حقه من حيث المحلية، والنكاح حقه [٢٤١/أ] من حيث السببيّة، فإذا مُنع من أحدهما مُنع عن الآخر، وتبين بهذا الكلام أنه اتصل مانع[3] بالطلاق لحق المرأة إلا أن رد الطلاق من أصله لا يمكن ويمكن منع عمله في بعض الأحكام بحسب قيام الدليل، وقد بيّنا في مسألة نكاح الأخت أنه يجوز أن يرتفع النكاح من وجهٍ دون وجهٍ، وعندكم في الطلاق الرجعي قد ارتفع في حل الوطء، وبقي في سائر الوجوه وبعد الموت بقي النكاح في حق الغسل، وارتفع من سائر الوجوه، كذلك هاهنا قلنا: يرتفع النكاح في سائر الوجوه، ويبقى في حق الإرث، وقد أمكن هذا فعملنا به.

قالوا: وقد ظهر بهذا الاعتراض على كلامكم الأول والثاني، (وقد قالوا)[4]: ليس يلزم على ما قلنا بعد[5] انقضاء العدة؛ لأن هناك لم يمكن الحكم ببقاء النكاح بوجهٍ مَّا، لأنها حلَّت للأزواج، وإذا حلّت للأزواج فلو بقي النكاح من وجه صارت منكوحة لزوجين، وهذا لا يجوز، وأيضًا فإنه لما أطلق الشرع لها النكاح مع غيره ونكاحها مع غيره مُوجب لهذا الحق، وهو الإرث فلم يكن الطلاق الثلاث في المعنى إسقاطًا للنكاح[6]، بل كان نقلًا للحق من سببٍ إلى سببٍ، وفي مسألتنا تمحض إسقاطًا فافترقا لهذا المعنى.

---

(١) في (ز): منه.

(٢) في (ز): المال.

(٣) في (ز): منع.

(٤) ليست في (ز).

(٥) في (ز): ما بعد.

(٦) في (ز): للحق.




قالوا: وأما إذا طلّقها بسؤالها فإنما لم ترث؛ لأن المنع إنما يتصل بالطلاق لحقها، وقد رضيت بإسقاطها، ألا ترى أن الورثة لو أجازوا التبرع بعد الموت صح؛ لأن المنع كان لحقهم وقد رضوا بسقوط حقهم.

قالوا: وليس كما لو (قالت المرأة، أو)[1] قال بعض الورثة: «أسقطتُ حقي عن[2] الإرث» حيث لا يسقط؛ لأن الإسقاط إنما يصح إذا اتصل بسببٍ مشروع للإسقاط فإما إذا كان بسببٍ غير مشروعٍ فيلغو.

قالوا: وليس يلزم إذا قَذَفَ زوجته ولَاعَنَ في المرض (حيث لا ترث)[3]؛ لأن النسب في هذه المسألة إنما يظهر بطريق التَّبيّن؛ لأنه تبيَّن باللعان أنه لم يكن ثابتًا، وأما في مسألتنا فالطلاق إسقاط محض للسبب، ومتى تعلق حق المرأة بالسبب لم يصح الإسقاط في حقها على ما سبق.

۞ الجواب:

أما تعلقهم بإجماع الصحابة فالأَولَى المعارضة بقول عبد الرحمن بن عوف وفعلِه، أما فعلُه: طلاقه[4].

وأما قوله: فلأنه قال: «ما طلقتُها فرارًا من كتاب الله»[5]، وروى أنه قال لها: «والله لا أُورثكِ»[6]، ثم طلقها، دل أنه اعتقد أنها لا ترث، وعن ابن

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

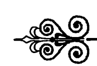
(٢) في (ز): من.

(٣) في (ز): ونفي القاضي نسب الولد وقطعه حيث لا يرث الولد منه...

(٤) في (ز): فطلاقه.

(٥) لم أجدها في مظانها.

(٦) لم أجدها في مظانها.




الزبير أنه قال: «لو كنتُ أنا ما ورّثتها»[١]، وأما المعنى الذي قالوه فاعلم أنا لا نسلم أن حق الورثة يتعلق بماله في مرض الموت، وهذا لأن الإرث حق الورثة والإرث لا يسبق الموت، فكذلك حق الإرث لا يجوز أن يسبق الموت، وأما المنع من التبرعات لم يكن لحق الورثة، وإنما كان بنص الشرع، وقد نص على السبب، وهو قوله عليه السلام: **(أن تدع ورثَتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون وجوه الناس)**[٢].

فإن قالوا: الخبر[٣] في الوصية، ونحن نلزمكم فيما[٤] إذا وَهَبَ في مرض الموت.

قلنا: إذا جوّزنا هبته في المرض بقيت ورثته عالة فيوجد من المعنى ما يوجد إذا أوصى.

فإن قالوا: فامنعوا في مسألتنا لهذا المعنى[٥].

قلنا: إنما نمنع في حق الورثة وهم الذين يبقى أسباب إرثهم عند الموت، فأما مَنْ يرتفع[٦] سبب إرثه ويكون[٧] بمنزلة سائر الأجانب الأباعد فلا يكون من الورثة.

---

(١) رواه البيهقي في سننه: ٧/٣٦٢، وقال: هذا إسناد متصل.

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ٥/٣٦٣ مع الفتح، كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس.

(٣) في (ز): الخبر ورد.

(٤) في (ز): ما.

(٥) ليست في (ز).

(٦) في (ز): ينقطع.

(٧) في (ز): يصير.

وقولهم: إنا نجعل السبب[1] قائمًا في حق الإرث.

قلنا: وَلِمَ وقد وُجد القاطع.

فإن قالوا: يتعلق حقها بماله.

قلنا: وَلِم يتعلق قد سقط سبب إرثها عند الموت.

فإن قالوا: لا يسقط في حق الإرث.

قلنا: ولِم لا يسقط وقد وُجد القاطع فيعود إلى ما سبق ويدور الكلام عليهم (دون علينا)[2]، ويظهر التناقض منهم؛ لأنهم جعلوا تعلق الحق بالمال سبب المنع من إسقاط الحق، وجعلوا المنع من إسقاط الحق سببًا لتعلق الحق، والشيء الواحد لا يجوز أن يكون علة ومعلولًا ومانعًا وممنوعًا، وإن سلَّمنا إن حق الورثة يتعلق بماله في مرض الموت، وحقها تعلّق أيضًا، ولكن الزوج في مسألتنا لم يتصرف في حقها، وإنما يتصرف في حق نفسه من النكاح، هذا إن قلنا: إنه حقه على الخلوص، وإن قلنا: إنه مشترك بين الزوجين فالشرع جعل إليه الإسقاط أيضًا، وإذا[3] أسقط حقه أو أَسْقَطَ ما جعل الشرع[4] له إسقاطه فلم[5] يُمَسّ تصرفُه حقَّها، وإنما سقط حقها حكمًا لا بإسقاطه، فلا يُحال عليه، ولم يجز أن يتصل به منعٌ بوجهٍ مَّا، وإذا لم يتصل به منع صار الطلاق في المرض مثل الطلاق في حال[6] الصحة.

---

(١) في (ز): النسب.

(٢) في (ز): دورانًا.

(٣) في (ز): فإذا.

(٤) ليست في (ز).

(٥) في (ز): لم.

(٦) في (ز): حالة.




قال أبو زيد[1] [٢٤١/ب] معترضًا على قول مَنْ قال: إن حق الإرث تعلق بالنكاح، فلا يصح القطع في حق الإرث، قال: الخلاف فيما إذا طلّقها في مرض الموت، أو ارتدت المرأة وهي مريضة، ثم ماتت في المرض خلاف واحد، قال: في الصورة الثانية يرثها الزوج عندنا[2]، (وعند الشافعي: لا يرث)[3]، قال: وانقطاع النكاح بالردة لا يمتنع لحق الغير، ألا ترى أن بالردة ينقطع النكاح، والنكاح حق الرجل والمرأة لا تملك أن تُسقط قصدًا فإذا قدرت على إبطال النكاح مع قوته وهو حق الزوج فلأن تقدر على إسقاط حق الإرث وهو حق ضعيف أولى، وكذلك إذا دعت ابن زوجها إلى نفسها حتى وَاقَعَها وهي مريضة ورثها الزوج عندكم استحسانًا، (والجماع يوجب حرمة المصاهرة وينافي النكاح حكمًا لا يجتمعان بحال ولا تمتنع المنافاة لحق الغير؛ لأن النكاح نفسه هو حق الغير، وقد انتفى به)[4]، واعتراضه في غاية الحسن، وهذا إلزام على أصولهم، وما قلناه حقيقة الكلام، وأما الإلزام بما بعد انقضاء العدة فصحيح.

وقولهم: إنه لا يمكن الحكم ببقاء النكاح.

قلنا: ولِمَ قولوا[5]: إن النكاح قائم في حق الإرث، وفي حق الحِلّ للأزواج ليرث[6]، فإذا جاز هذا التقسيم بالتفصيل في سائر الأحكام فلِم لا

(١) الأسرار: ٢/١٩٤/أ فيض الله.
(٢) في (ز): عندهم.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٥) في (ز): هلا قلتم.
(٦) في (ز): منقطع.




يجوز في هذا الحكم، وفصل الخلفية التي يقولونها وهو: أن النكاح الثاني خَلَفٌ عن الأول، هذيان، لا يقول (مثل ذلك)[1] فقيهٌ، وجوابه حكايته وصورته.

※ (مَسْأَلَة):

إذا طلّق الرجلُ امرأته طلقةً أو طلقتين فتركها حتى انقضت عدتها، ثم عادت (بعد أن تزوّج بزوج آخر)[2] تعود بما بقي من الطلاق عندنا[3].

وعندهم: تعود بالثلاث[4]، والمسألة مسألة الهدم، فعندنا الزوج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث[5]، وعندهم: يهدم، ومعنى الهدم ما بيّنا.

❖ لنا:

أن الزوج الثاني في هذه الصورة لم يجد محل العمل فوجب أن لا يكون له عمل ويصير النكاح بعد الزوج[6] الثاني مثل النكاح قبل الزوج الثاني، فتكون المرأة عنده بما بقي من الطلاق، وإنما قلنا: إنه لا[7] يجد محل العمل؛ لأن عمله إنهاء الحرمة بدليل نص الكتاب، وهو قوله تعالى:

---

(١) في (ز): مثله.

(٢) في (ز): إليه بعد زوج.

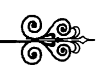
(٣) الأم ٥/٢٥٠، الروضة: ٨/٧١.

(٤) الأسرار: ٢/١٦٠/ب فيض الله، المبسوط: ٦/٩٥ ـ ٩٦، رؤوس المسائل: ص ٤٢٠.

(٥) التهذيب ٦/١٢٦، المهذب ٤/٣٨٤.

(٦) في (ز): وجود الزوج.

(٧) في (ز): لم.




﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا﴾[1] و«حتى» كلمة غاية مثل «إلى» كلمة غاية، ولا يتصور وجود غاية إلا بعد وجود ما جُعِلَ الشيء غاية له، وقد جُعِلَ الزوج الثاني غاية للحرمة، وفي مسألتا لا حرمة فلا غاية فثبت أن محل العمل مفقود، نبين ما قلنا[2] ونوضحه: أن القياس لا يهتدي إلى هذا الحكم وهو انتهاء الحرمة بالزوج الثاني، وغاية ما يعقل من معناه مسيس الحاجة إلى التحليل؛ لأن حرمة المحل متى وُجدت فربما تمَسُّ الحاجة إلى كشف هذه الحرمة لرغبتها[3] إلى إعادة النكاح، وقد تتفق بينهما معانٍ تكون المصلحة في إعادة[4] النكاح فجعل الشرع الزوج الثاني كاشفًا لهذه الحرمة (منهى له لدفع الحاجة)[5] الماسّة والضرورة الواقعة، وهذه الحاجة توجد بعد الطلاق الثلاث، وأما قبل الطلاق الثلاث فلا تُوجد؛ لأن إباحة النكاح موجودة وإنما غاية ما في الباب (أنه يعود)[6] إليه بطلقة أو طلقتين، وبهذا لا تُوجد حاجة؛ لأن الطلاق إلى اختيار الزوج فهي وإن كانت عنده بواحدة فإذا لم يطلِّق بقيت عنده في نكاحه وابتنى عليه مقاصد النكاح، وأغراضه من غير خلل ولا نقصان، فنقول: ما شُرع بسبب الحاجة لم يشرَع عند عدم الحاجة، دليله: سائر المشروعات بأسباب الحاجات.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: الزوج الثاني عمله في إثبات الحِلّ بدليل قوله ﷺ: **(لعن الله**

(١) سورة البقرة، آية: ٢٣٠.
(٢) في (ز): قلناه.
(٣) في (ز): لرغبتهما.
(٤) في (ز): عودهما إلى.
(٥) في (ز): بإنهائها دفعًا للحاجة.
(٦) في (ز): أنها تعود.

المحلل والمحلل له)[1] والخبر نص في أن عمله إثبات الحِلّ، وهو خبر ثابت، قالوا: وأما اللعن كان لشرط التحليل، وعندنا: يستحق اللعن إذا شَرَطَ؛ لأن النكاح معقود للسكن ولبقاء النسل في العالم إلا أنه يثبت الحِلّ تبعًا فإذا جعله مقصودًا استحق اللعن بالاعتراض على الشرع فيما يعقد النكاح لأجله، قالوا: وأما الآية فهي مذكورة بكلمة «حتى» ويجوز أن تستعمَل هذه الكلمة في موضع الإثبات مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّىٰ تَغْتَسِلُوا۟﴾[2] والاغتسال علة في إثبات الطهارة لا في إنهاء الجنابة، وأما فعل التحليل لا يحتمل إلا إثباته كما أن فعل التبيض والتسويد لا يحتمل إلا إثبات صفة البياض والسواد، وعلى أنا نجمع بين الخبر والآية فنقول: الزوج الثاني يثبت الحِلّ بإنهاء الحرمة، والشيء قد ينتهي بما لا عمل له في إثبات ضده. وقد ينتهي بالعامل في إثبات ضده.

قالوا: وهذا أولى مما قلتم؛ لأن النكاح يثبت حِلّا يرتفع بمثبت الحرمة، وهو الطلاق[3] كذلك الطلاق يثبت حرمة يرتفع بمثبت الحِلّ، وهو الزوج الثاني، وأيضًا فإن السبب وهو الطلاق الثلاث مطلَقٌ فوجب أن يثبت حكمه [٢٤٢/أ] على الإطلاق من غير توقيتٍ ولا تحديدٍ (على وفق السبب كما يثبت حرمة الوطء وإزالة الملك على الإطلاق من غير توقيت، وتحديد)[4] ليكون

(١) رواه أبو داود في سننه رقم ٢٠٧٦، ٢٠٧٧ مع المعالم، والترمذي في سننه: ٥/٤٤ مع العارضة، وقال: حديث حسن صحيح عن ابن مسعود، وأحمد في مسنده: ١/٨٣، ٨٧، ٨٨، ٤٤٨.

(٢) سورة النساء، آية: ٤٣.

(٣) في (ز): الطلاق الثلاث.

(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).




العمل موافقًا للسبب، ثم حينئذ يجوز أن يوجد سبب يرفع الثابت؛ لأنه معنى شرعي يحتمل الارتفاع بشرع مثله، وإذا ثبت أن عمله في إثبات الحِلّ فقد وُجد محل العمل لأن الثابت حِلّ يرتفع بطلاقٍ أو طلاقين، والثابت بالزوج الثاني حِلّ لا يرتفع إلا بالطلاق الثلاث، والمثبت للشيء إذا وُجد وَوُجِدَ لإثبات ذلك الشيء فائدة يحكم بثبوته بدليل الظهار بعد الظهار، والإيلاء بعد الإيلاء، والفائدة في مسألتنا أن لا يرتفع النكاح أو الحِلّ إلا بالثلاث.

وقال بعضهم: قد ارتفع بالطلاق الواحد ثُلث الحِلّ (وبالطلاقين ثُلثان)[1]، وبالثلاث يرتفع كل الحِلّ، وبعضهم عبَّر عن هذا بالعقد، وقال: قد مَلَكَ الزوجُ عليها[2] ثلاث عقد، وبكل طلاق يُفسِد على نفسه عُقدَة وبالزوج الثاني ينفتح ما أنسد فوجد الزوج الثاني محل العمل، وهو فتح باب[3] منسد[4] (مثل ما يكون في الثلاث؛ لأنه وجد محل العمل، وهو فتح الأبواب)[5]، وكما[6] تفتح الأبواب الكثيرة يُفتَح (باب واحد)[7]، والأول أحسن وقالوا: على قولنا: أنه لا حاجة إلى الزوج الثاني أنه قد وُجد[8] نوع حاجة حتى لا يزول الحِلّ عن المحل بطلاق (واحد أو اثنين)[9]، وبمثل

---

(١) في (ز): وبالطلاق الثاني ثُلَثا الحل.

(٢) في (ز): على امرأته.

(٣) في (ز): أبواب.

(٤) في (ز): منسدة.

(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٦) في (ز): كما أنه.

(٧) في (ز): الباب الواحد.

(٨) في (ز): يوجد.

(٩) في (ز): يندر منه من واحدٍ أو اثنين.

هذه الحاجة تعدد الطلاق الثلاث في الابتداء فيجوز أن يُعتبر في الانتهاء، وعلى أنه إن لم يكن إليه حاجة فقد بيّنا وجود فائدة له، ووجود الفائدة بمنزلة وجود الحاجة.

قالوا[١]: وإذا ثبت هذا الحِلّ وهو الذي لا يترفع إلا بالثلاث زال ما كان ثابتًا ضرورة فلا يملك إلا ثلاث طلقات لهذا المعنى، وهذا لأن ملك خمس طلقات غير منقول[٢] (ولا معقول)[٣]؛ لأن الثلاث كافٍ في إثبات الحرمة في المحل، ولابد من إلغاء الزيادة.

قالوا: وأما إذا علّق الطلاق الثلاث في امرأته بالدخول ثم طلّقها واحدًا[٤] وثنتين وعادت إليه بعد زوج آخر إنما يثبت اليمين لأن محل اليمين هو الحِلّ، ولم يوجد ارتفاعه ألبتة؛ لأن الحِلّ الثاني يثبت وأن ارتفع الأول ضرورة فلم يوجد زمان يخلو عن الحِلّ فلا يبطل اليمين فوُجد[٥] الحِلّ الأول بمنزلة المستمر بخلاف ما لو علّق الطلاق الثلاث بالدخول وطلّقها[٦] ثلاثًا ثم عادت إليه بعد (الزوج الثاني)[٧]؛ لأن الذي تعلَّق به الطلاق الثلاث قد زال بالكلية فلم يبق لليمين محل تتعلق به، فلو بقيت لبقيت[٨] متعلقة بحل[٩]

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): متصور.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): أو.
(٥) في (ز): فوجود.
(٦) في (ز): طلق.
(٧) في (ز): زوج.
(٨) في (ز): بقيت.
(٩) في (ز): بمحل.

مستحدث ولا يجوز ذلك إلا بالنص عليه.

قالوا: وليس كوطء الزوج بنفسه في صورة الخلاف؛ لأن الشرع نص على زوج غيره، ووطئه في المعنى لا يكون كوطء غيره لدخول الغيظ عليه من وطء غيره، وعدم ذلك من وطء نفسه، والمغايظة معنى مخيل (في الجملة)[1] في الاعتبار؛ لأنه يُقْدِمُ حين يُقْدِمُ على محظورٍ أو على ما يكون الأولى تركه فإذا تتبعته نفسُه فتبين أنه أقدم على قطع النكاح من غير رويةٍ، وفكرٍ وَقَطَعَ هذا العقد من غير حاجة، فيجوز أن يكون الشرع شَرَعَ الزوجَ الثاني، ليكون رادعًا له عن الإقدام على الطلاق، إذا لم يأمن تتبُعَ نفسه إياها ولم يعرف أن حقيقة المصلحة في قطع النكاح، وكذلك قالوا في وطء السيد إنما لم يبح الزُوج الأول؛ لأن وطئه لا يكون في معنى وطء الزوج الثاني[2]، وهذا ظاهر؛ لأن[3] ملك اليمين غير مشروع للوطء بخلاف ملك النكاح (وذلك لأنه شرع للوطء والسكن والازدواج، ولهم طريقة أخرى في المسألة.

قالوا: وهي)[4] طريقة[5] القاضي الزوزني وهو أن الزوج الثاني مسقط (للحرمة الثانية، فيكون)[6] مسقطًا[7] فيما دون الثلاث عرضية الحرمة حتى لا يثبت بتمام الثلاث، (بل هذا أولى وأحرى، لأن ما يكون رافعًا للكامل

---

(١) ليست في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): فإن.
(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٥) في (ز): وذكر.
(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٧) في (ز): فيسقط.

يكون رافعًا للناقص، بل بطريق الأولى) وهذا كالحدث لما كان مسقطًا للطهارة، إذا وُجد بعد تمامها أبطل الطهارة[1] إذا وجد الحدث في أثنائها واعتمادهم على الأول.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: إن عمل الزوج الثاني في إثبات الحِلّ قد بيّنا أن عمله في إنهاء الحرمة وهو حكم مأخوذ من نص الكتاب فلا يعدل عنه، وأما الخبر فهو دليل عليكم لأنه ﷺ قال: **(لعن الله المحلل)**[2] يعني شارط التحليل، وإنما استحق اللعن بشرط التحليل؛ لأنه خلاف الشرع، ولو كان الأمر على ما قلتم[3] لكان هذا الشرط موافقًا للمشروع فلا ينبغي أن يستحق اللعن.

وقولهم: إنه[4] إذا شَرَطَ فيكون عقدًا لأجله.

قلنا: ليس في الشرط على ما زعمتم أكثر من النص على ما هو تبع وهذا لا يستحق اللعن كما لو اشترى [٢٤٢/ب] جارية حبلى ليملك حملها، أو اشترى دارًا ليستحق حقوقها وهذا جواب معتمد كافٍ، ثم يجوز أن يقال: إنه سماه ﷺ محللًا على طريق المجاز؛ لأنه ثبت عنده، والشيء قد يضاف إلى الشرط على طريق المجاز، ألا ترى أن الصلوات والعبادات مضافة إلى أوقاتها في الشرع، وأوقات العبادات محالّ، والمحالّ شروط، ثم نذكر الكلام على وجه يزيل الإشكال، ويظهر به الجواب عن معناه فنقول الزوج الثاني: لم

---

(١) في (ز): عرضية الطهارة.
(٢) سبق تخريجه ص ٢١.
(٣) في (ز): قالوه.
(٤) ليست في (ز).




يثبت الحِلّ في هذه الصورة، فإن تمسكوا بالنص فقد تكلمنا عليه وإن عَدَلُوا إلى المعنى فلا يتصوّر لهم إبراز معنى يؤثر في إثبات الحِلّ وخرج عليه[١] فصل النكاح؛ لأنه مؤثر في إثبات الحِلّ في موضع الحرمة وكذلك الطلاق مؤثر في موضع الحِلّ، وكذلك في تحريم الوطء وإزالة الملك فيجوز أن يقال: إن النكاح يُثبت حِلًا مطلقًا[٢]، وكذلك الطلاق يزيل الملك ويحرم الوطء مطلقًا ثم يعترض سببًا آخر فيؤثر في إثبات ضده، وخلاف عمله إما إثبات الحِلّ بالزوج الثاني بعد ثبوت الحرمة المطلقة في المحل فلا إخالة له أصلًا.

فإن قالوا: يلزمكم كما يلزمنا في إظهار التأثير في إنهاء الحرمة. قلنا: لا يلزمنا؛ لأن الغايات لا يطلب لها التأثير كما لا يطلب لوجود رأس الشهر في الإجارة إخالة، وتأثير الانتهاء في عقد الإجارة، بل يقال كذلك يثبت فكذلك هاهنا لا يطلب تأثير الغاية، بل يقال: إن الحرمة كذلك تثبت. جواب آخر: إن سلمنا أن عمله في إثبات الحِلّ فنقول: إثبات الحِلّ إنما يكون في محل الحرمة، وليس في (هذه الصورة)[٣] حرمة، (أو يقال)[٤]: حِلّ ثابت وإثبات الحِلّ في محل الحِلّ مُحالٌ.

وقولهم: زال ثلث الحِلّ، فهوسٌ[٥]؛ لأن الحِلّ لا يتبعض ولا يتجزأ ولا يكون له ثلث ولا ربع، وهذا لأن الحرمة حرمة المحل حتى لا يجوز

---

(١) في (ز): على هذا.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): هذا المحل.
(٤) في (ز): بل.
(٥) في (ز): هوس.

عقد نكاحٍ[1] في هذا المحل، وكيف يتصور ثبوت بعضه؟، نعم، للطلاق عملان: لأصله في إزالة الملك، أما في الحال أو في ثاني الحال ولاستيفائه في تحريم المحل والزوج الثاني يعمل في الحكم الثاني من تحريم المحل فيزيله ولا عَمَلَ له في الحكم الأول، والطلقة الواحدة والطلقتان تعمل في الحكم الأول، فحسب، ولا أثر له بنفسه في الحكم الثاني، وهذا لأن الثلاث علة واحدة بحكمٍ واحدٍ وبعض العلة لا تكون علة، وما لم توجد العلة لا يوجد الحكم ولا شيء من الحكم فظهر بهذا فقدان محل[2] عمل الزوج الثاني فيما دون الثلاث أصلًا ورأسًا[3]؛ لأنه لم توجد الحرمة التي رفعها[4] لا بعضُها ولا كلُّها.

وأما قولهم: إن الحِلّ الذي يزول بالثلاث غير موجود.

قلنا: كما أن هذا الحِلّ لا يتجزأ فإنه لا يتعدد بل هو شيء واحد أبدًا لا يحتمل التبعيض والتعديد.

وقولهم: إن ذلك الحِلّ يزول بما دون الثلاث، وهذا لا يزول إلا بالثلاث.

قلنا: لا يزول الحِلّ عن المحل في موضعٍ مَّا دون الثلاث، إلا أن هناك استوفى بعضه ويكمل بالباقي، وإذا طَلّق ثلاثًا جملة استوفت العلة جملةً.

وقولهم: إن الحِلّ الأول يزول بثبوت الحِلّ الثاني.

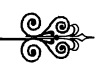
---

(١) في (ز): نكاحه.

(٢) ليست في (ز).

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): يرفعها.

قلنا: إذا كان ما ثبت هو الذي يزول والذي يزول هو الذي يثبت لم يجز فيه إثبات ولا إزالة. وأما فصل العرضية: فكلام باطل؛ لأنا بيّنا أن الزوج الثاني منهي للحرمة وليس برافع، وإن سَلَّمنا (أنه رافع)[1] فإنما يرفع[2] لوجود الحاجة ولا حاجة في مسألتنا (إلى رفع)[3] ما هو بعرضية[4] الثبوت لما بيَّنا أنه ثبت باختياره ثم يبطل بفصل اليمين فإن الحرمة بعرض الثبوت بدخول المرأة، ومع ذلك لا يرفعها الزوج الثاني بل العرضية في هذا الموضع أظهر ثبوتًا للمرأة[5]؛ لأن المرأة إذا دخلت الدار وقع الطلاق من غير اختيار الزوج، وفي مسألتنا لابد من اختيار الزوج ليقع الطلاق، ويمكنه أن لا يطلّق أصلًا فلا حاجة، وأما الذي قالوه من أن الزوج يملك على امرأته ثلاث عقد، فقد ذكرنا الجواب عن هذا فيما سبق، فلا نعيده، ومع التقرير الذي قلناه لا يأتي شيء من هذا. والله أعلم.

※ (مَسْألة):

عدد الطلاق معتبر بالرجال عندنا[6].

وعندهم: معتبر بالنساء[7].

---

(١) في (ز): الرفع.
(٢) في (ز): رفع.
(٣) في (ز): لرفع.
(٤) في (ز): بعرض.
(٥) ليست في (ز).
(٦) النكت: ورقة ٢٢٢/أ، المهذب: ٧٩/٢، الروضة: ٧١/٨.
(٧) الأسرار: ٣٠٦/٢/ب، أحكام الجصاص: ٣٨٥/١، بدائع الصنائع: ١٧٨٥/٤، رؤوس=




والفائدة[1]: أن عندنا رق الرجل وحريّته عاملان في تكميل الطلاق[2] وتنقيصه، وعندهم: العامل رقها وحريّتها.

❁ لنا:

حديث ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: **(الطلاق بالرجال والعدة بالنساء)**[3]، وعنه عليه السلام أنه قال: **(يطلق العبد بطلقتين وتعتد الأمة بقرءين)**[4]، والخبران ذكرهما الأصحاب في التعليق، ومثل قولنا عن عثمان[5] وزيد[6] وابن عمر[7] رضي الله عنهم أجمعين، وهم يروون بطريق [٢٤٣/أ] مظاهر[8] بن أسلم عن القاسم عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: **(طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان)**[9]، وادّعوا أن هذا نص فإن الحمل على ما إذا كان الزوج عبدًا باطل؛ لأن قوله: «طلاق الأمة» يقتضي أن طلاق الأمة طلقتان لكونه

= المسائل: ص٤١٧، مختلف الرواية: ورقة ١٠١/أ، كشف الأسرار: ١٤/٣، ١٩، ٢٩١.

(١) في (ز): والجملة.

(٢) في (ز): عدد الطلاق.

(٣) رواه الدارقطني في سننه: ٣٧/٤، ٣٩ عن ابن عباس موقوفًا، والبيهقي: ٣٧٠/٧.

(٤) رواه أبو دواد في سننه ٦٣٩/٣ رقم ٢١٨٩ باب في سنه طلاق العبد، وابن ماجه في باب من طلق أمة تتطلقتين رقم ٢٠٨٢، قال الزيلعي في نصب الراية: «غريب مرفوعًا»: ٢٢٥/٣.

(٥) ينظر: قوله في: مصنف عبدالرزاق: ٢٣٤/٧، رقم (١٢٩٤٤ ـ ١٢٩٤٥).

(٦) ينظر: قوله في: مصنف عبدالرزاق: ٢٣٤/٧، رقم (١٢٩٤٦، ١٢٩٤٧، ١٢٩٤٨).

(٧) ينظر: قوله في: مصنف عبدالرزاق: ٢٣٨/٧، رقم (١٢٩٥٧ ـ ١٢٩٥٩).

(٨) مظاهر بن أسلم المخزومي المدوني، ضعيف، من السادسة، روى له الترمذي وأبو داود، وابن ماجه. ينظر: التقريب: ص٣٣٩.

(٩) رواه أبو داود في سننه رقم ٢١٨٩، وقال: حديث مجهول، والدارقني في سننه: ٣٨/٤، ٣٩، والبيهقي في سننه: ٣٦٩/٧، ٣٧٠، وقال ابن حجر في التلخيص: «وصحح الدارقطني والبيهقي الموقوف» ٢١٣/٣.




طلاق الأمة وعندهم طلاقها طلقتان لكونه طلاق العبد لا لكونه طلاق الأمة، ونحن نقول: أن الخبر ضعيف في الإسناد[1]؛ لأن مداره على مظاهر بن أسلم، قال البخاري: مظاهر بن أسلم لم يرو غير هذا الحديث، ولا رَوَى هذا الحديث سواه[2]، وهو في نفسه ضعيف، وقال غيره[3]: هو منكر الحديث، وإذا انضم ضعفه في نفسه إلى تفرده برواية هذا الحديث من بين أصحاب القاسم ورواته[4]، دل أنه غير ثابت، ولم يجز أن يقوم[5] حجة. وأما المعنى نقول: ملك الطلاق نوع ملك يكمل بالحرية، وينقص بالرق فيكمل بحرية المالك وينتقص برقه، ألا ترى أن ملك اليمين لما وجد بالحرية وانعدم بالرق وجد بحرية المالك وانعدم برقه، كذلك هاهنا.

يدل عليه: أن المالكية للطلاق صفة فيه فلا يتصور كمالها ولا نقصانها إلا لمعنى فيه، كالمالية في اليمين لم يتصوّر وجودها وعدمها إلا لمعنى فيه، وهذه طريقة شملت صورتي الحال، وقضيتها أن الزوج إذا كان حرًا تكامل ملكه في الطلاق لشرف حريته، وإذا كان عبدًا تقاصر ملكه لنقصان رقه، ثم تدل على أن الحِلّ في الأمة مثل الحِلّ في الحرة فنقول: الحِلّ معنى لا يتجزأ ولا يتبعض ولا ينافيه الرق فيستوى فيه المملوك[6]، والحرة كما نقول في

---

(١) قال الخطابي في المعالم: «... ولكن أهل الحديث ضعفوه»: ٢٠/٦٣٩.
وقال في الآراء: ضعيف وذكر طرقه: ٧/١٤٨.

(٢) كذا في المخطوط «البخاري»، وإنما هذا الكلام مروي عن الترمذي كما في سننه بعد روايته للحديث فقال: «حديث غريب...». ينظر: السنن: ٥/١٥٣ مع العارضة.

(٣) قاله أبو حاتم. ينظر: تهذيب التهذيب: ١٠/١٨٣.

(٤) قاله الساجي كما في: تهذيب التهذيب: ١٠/١٨٣.

(٥) في (ز): تقوم به.

(٦) في (ز): المملوكة.

العبادات التي يستوى فيها الأحرار والمماليك والعقوبات التي يستوي فيها الأحرار والعبيد مثل القطع في السرقة والقصاص، ولأن الحِلّ في جانب المرأة حِلّ المملوكية والرق[١] يزيد في المملوكية، ولهذا المعنى سماه الشرع رقًا لقوله ﷺ: (النكاح رق)[٢] وأيضًا فإن حالها من حيث الحس والعيان إذا قوبلت[٣] بحال الرجال[٤] يدل أن جانبها يشبه جانب المماليك وجانبه يُشبه جانب الملاك، وقد بيّنا فيما سبق أن النكاح في جانب النساء من المضارّ وفي جانب الرجال من المبارّ، وقد سبق شرح هذا الأصل[٥]، وثبت[٦] أن الحِلّ في جانبها حل المملوكية والرق وإن لم يوجب زيادة في المملوكية لا يوجب نقصانًا فيها، وأيضًا فإن شرف المحل يشعر بالمنع من التصرف، وخِسّة المحل يشعر بزيادة ملك التصرف بدليل البهائم والآدميين فإن البهائم أقبل للتصرفات من الآدميين لخِسّة المحل في البهائم، وشرف المحل في الآدميين، وهذا لأن التصرف ابتذال ومهما[٧] شَرُفَ المحل يُصان عن الابتذال وإذا خَسَّ المحل فلا يُبالي[٨] بالابتذال.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: الطلاق تصرف مملوك، والأصل أن الملك يكثر بكثرة المحل،

---

(١) في (ز): والردة والنكاح.
(٢) سبق تخريجه في ص٢٦.
(٣) في (ز): قوبل.
(٤) في (ز): الرجل.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): فثبت.
(٧) في (ز): ومتى.
(٨) في (ز): يُبالي فيه.




وينتقص بنقصان المحل، ألا ترى أن مَنْ مَلَكَ عبدًا أو حرًا يملك عتقًا واحدًا، وَمَنْ مَلَكَ عبدين يملك عتقين، وكذلك في المرأة الواحدة والنساء، وإذا ضاق ضاقت الولاية، وهذا أمر محسوس معلوم لا يشتبه على عاقلٍ. وفي مسألتنا إذا كانت المرأة حرة اتسع محل الطلاق وإذا كانت أمةً ضاق محل الطلاق فيكثر التصرف في الصورة الأولى، ويقل في الصورة[1] الثانية، وإنما قلنا ذلك لأن الحِلّ في الأمة على النصف من الحِلّ في الحرة، والطلاق مشروع لإسقاط الحِلّ فيدور (مع الحِلّ كمالًا ونقصانًا)[2]، وإنما قلنا: إن الحِلّ في حق[3] الأمة على النصف من الحِلّ في حق[4] الحرة؛ لأن الحِلّ معنى مشترك بين الرجل والمرأة والثابت في جانبها هو الثابت في جانبه، ثم هو في نفسه نعمة وكرامة؛ لأنه للسكن والازدواج، ولإقامة مصالح النفسية[5] من الجانبين فيكون ثبوته على طريق النعمة والكرامة من الجانبين جميعًا، والرق معنى يُشعر[6] بتنقيص الكرامات والنعمةِ، والحرية معنى يُشعر[7] بزيادتها؛ لأنها شرفٌ والشرف داعي الكرامات، والرق خِسّة وهو داعي الإهانة، ولأن الحِلّ في جانبها لما كان هو الحِلّ في جانبه لم يجز أن يؤثر الرق في أحدهما، ولا يؤثر في الآخر؛ لأن التنصيف في جانبه عددًا ممكن؛ لأنه يجمع أعدادًا من المنكوحات والتنصيف في جانبها عددًا غير

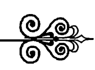
(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): كماله ونقصانه على كماله ونقصانه.
(٣) ليست في (ز).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): المعيشة.
(٦) في (ز): مشعر.
(٧) في (ز): مشعر.

ممكن ؛ لأنها لا تكون إلّا تحت زوجٍ واحدٍ ، والواحد لا ينتصف بحال فأثر بالتنصيف فيما يمكن إظهار التنصيف (فيه)[1] وذلك في الأحكام من العدة، والقَسم، سوالطلاق، على [٢٤٣/ب] اعتبار الأحوال كما بيّنا في مسألة طول الحرة.

وتعلقوا بالعدة والقسم.

قالوا[2]: العدة لقضاء حق الحِلّ، والقسمة[3] قسمة الحِلّ فلما لم تستو الحرة والأمة في قضاء حق الحِلّ وفي قسمة الحِلّ بل كانت الأمة على النصف من الحرة، كذلك في الطلاق الذي هو إسقاط الحل؛ لأن الإسقاط يكون بقدر الثابت فإذا كثر الثابت من المحل كثر (الإسقاط وهو)[4] الطلاق وإذا قَلّ الحِلّ قَلّ الطلاق على ما سبق، والحرف الوجيز لهم: أن الرق مؤثر في كل ما يمكن إظهار أثره فيه إلا أنه لا يمكن في حِلّ الوطء، وأمكن في الأحكام التي قلناها[5] (فأظهرنا أثره)[6] فيها، قالوا: ولا يجوز أن يقال أنها مملوكة والرجل مالك والرق يزيد في حِلّ المملوكية، قالوا: هذا أولًا على أصلكم لا يستقم؛ لأن عندكم كل واحد مالك، وأما على أصلنا فالمرأة وإن كانت مملوكة والرجل منفرد[7] بالمالكية إلا أن الحِلّ مشترك والطلاق لإسقاط

(١) زيادة من (ز).
(٢) في (ز): فقالوا.
(٣) في (ز): والقسم.
(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٥) في (ز): بينّاها.
(٦) في (ز): فأظهرناه.
(٧) في (ز): منفردًا.

الحِلّ وعلى أنها وإن كانت مملوكة والرجل مالك إلا أن هذه المملوكية كرامة ونعمة؛ لأنه لا تتم مصالح النكاح من الجانبين إلا بإثبات ملك عليها، وفي ذلك بقاؤها على الصلاح والتستر ونفي التهمة عنها ودفع نسبتها إلى الفاحشة وهذه الأشياء نعمة[١] عليها، وليس[٢] بضررٍ وإن كان نوع[٣] ضرر فقد انجبر بالمهر، وخلصت النعمة خلوصًا كُليًّا عن الضرر وبمثل هذا المعني يفارق حِلُّ النكاح في جانبها حِلّ ملك اليمين في جانب الأمة؛ لأنه حِلُّ إهانةٍ واستذلالٍ وليس بحِلّ نعمةٍ وكرامةٍ.

والدليل عليه: أن ملك[٤] الحِلّ جاء من الرق الذي هو عقوبة، وهذا[٥] الحِلّ جاء من النكاح الذي هو ازدواج وكرامة وتشريف وإتمام النعمة هذا[٦] كله في جانب الأمة تحت الحر.

فأما الحرة تحت العبد قالوا: مالكية النكاح في المرأتين للعبد مثل مالكية النكاح للحر في الأربع وهذا لأن الرق غير سالب لهذا الملك بالإجماع، فأما التنصيف بالرق إنما[٧] كان لأنه ملك كرامة وتشريف، والرق ينقص منه ثم إذا نقص وَرُدّ من[٨] المرأتين إلى[٩] الأربع كان العبد في

(١) في (ز): نعم.
(٢) في (ز): وليست.
(٣) في (ز): فيها نوع.
(٤) في (ز): ذلك.
(٥) في (ز): وأما هذا.
(٦) في (ز): وهذا.
(٧) في (ز): فإنما.
(٨) في (ز): إلى.
(٩) في (ز): من.




المرأتين مثل الحر في امرأتين من الأربع[1]، ألا ترى أن العبد لما رُدّ حَدّه من المائة إلى الخمسين كان حكمه في الخمسين مثل حكم الحر في المائة بدليل الهبات، وكذلك السفر لما أوجب تشطير الصلاة كان المسافر في الركعتين مثل المقيم في الركعتين من الأربع بدليل الأحكام، كذلك هاهنا، وإذا كان ملكه في المرأتين مثل ملك الحر مَلَكَ ما يملك[2] الحر من الطلاق المسقط له، قالوا: ولا يجوز أن يقال: أن الرق منصِّفٌ للملك فوجب ن ينصّف ملك الطلاق؛ لأن التنصيف للطلاق[3] قد اشتمل عليه التنصيف في أصل عدد النكاح وإذا نصفناه ثانيًا يكون تنصيفًا داخلًا على تنصيفٍ فيصير أثر الرق في التربيع لا في التنصيف، وربما يقولون غاية ما يملكه الحر من الطلاق اثنا عشر طلقة على أربع من الحرائر فوجب أن يكون غاية ما يملكه العبد على التنصيف من هذا العدد وهو ست طلقات، وذلك على مذهبنا إذا كان عنده حرتان[4]، وأما عندكم يملك أربع طلقات[5]، وهذا مخالف لوضع عمل الطلاق[6] في الشرع.

الجواب:

أن كلامهم في الفصل الأول مبني على أن الحِلّ في الأمة على النصف

---

(١) في (ز): أربع.

(٢) في (ز): يملكه.

(٣) في (ز): في الطلاق.

(٤) عند الحنفية.

(٤) عند الشافعية.

(٥) عند الشافعية.

(٦) في (ز): الرق.




من الحِلّ في حق الحرة ولا نسلم بل الحِلّ كامل بدليل حِلّ الوطء ولو انتقص الحِلّ بوجهٍ مَّا لكان يحرم الوطء فإن قالوا: هو كامل في نفسه لكن إذا قوبل بحِلّ الحرة يظهر النقصان.

قلنا: إذا كان كاملًا في نفسه فلا ينتقص عند مقابلته بغيره، ثم يقال: هذا في الحسيات ربما يتصور، وأما في الحكميات فلا يتصوّر، وهذا لأن كَمَال الحِلّ بوجود الاستحلال التام وسواء قوبل بغيره أو لم يُقابَل بغيره، فالاستحلال التام (قد وُجد)[1].

فإن قالوا: لو تَمّ الاستحلال في حق الأمة لوجب أن يتمكن[2] من الاستمتاع منها مثل ما يتمكن من الحرة وبالإجماع لا يتمكن منها التمكن[3] التام حتى لا تُسلّم إليه الأمة.

قلنا: الاستحلال التام قد وُجِدَ (ليلًا ونهارًا)[4] لا أنه لا يسقط حق السيد من سائر منافعها، وإذا اختلف محل الحق لم يكن بقاء حق السيد في سائر منافعها دليلًا على نقصان حقه في منافع بضعها.

فإن زعموا أن الحِلّ في حق الوطء تام إلّا أنه ناقص في سائر الأحكام.

قلنا: إذا كَمُلَ في حق الوطء وهو المقصود الأصلي فلابد في الحكم بكماله في سائر الأحكام، وهذا لأن الرق إذا أثر يؤثر في التنصيف ثم إنما

(١) في (ز): موجود.
(٢) في (ز): يمكن.
(٣) في (ز): التمكين.
(٤) ليست في (ز).

يؤثر في تنصيف ما يقبل التنصيف، فأما ما لا يقبل التنصيف ولم يُعدَمْ بالرق (فوجود الرق والحرية بالإضافة إليه سواء)[١] بدليل الإيمان وفروعه[٢] وبدليل [٢٤٤/أ] القطع في السرقة والقصاص وغير[٣] ذلك.

وأما قوله[٤]: إن الحِلّ حِلُّ شرف وكرامة فينتقص بالرق، يقال لهم: هذا الكلام بناء على أن الطلاق لإسقاط الحِلّ، وليس كذلك بل هو لإسقاط الملك الذي يبتني عليه الحِلّ، والملك للرجل على المرأة عندكم، وليس للمرأة ملك أصلًا ومن المحال أن يقال: أن ثبوت الملك على الغير يكون كرامة ثم نقول: قد ذكرنا في أول النكاح[٥] أن النكاح في جانب النساء من المضارّ وقد سمّاه الرسول ﷺ رقًّا، ولهذا المعنى وقعت الحاجة إلى إرضائها بالمال، ولئن كان فيه نوع كرامة باعتبار الثمرات وهو[٦] على طريق التبع، وأما الوضع الأصلي فهو في جانب النساء على الإضرار، وفي جانب الرجال على الإنعام والإكرام[٧]، وعلى أنه (أن سلّم)[٨] لهم كون الحِلّ شرفًا وكرامةً في جانب النساء، وإنما[٩] ينتصف ما يقبل التنصيف وليس هذه الكرامة أكثر

(١) في (ز): فيستوي فيه محل الرق ومحل الحرية.
(٢) في (ز) ك وفروعه من الصلوات.
(٣) في (ز): ونحو.
(٤) في (ز): قولهم.
(٥) في (ز): الكتاب.
(٦) في (ز): فهو.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): يُسلّم.
(٩) في (ز): غير أن الذي.

من كرامة الدِّين، وهو[١] في جانب العبيد مثلها في جانب الأحرار. وأما فصل العدة والقسم، فليس نقصان ذلك في حق النساء، لنقصان الحِلّ، وإنما هو لأن العدة لقضاء حق الماء، والماء في رحم الحرة حُرّ وفي رحم الأمة رقيق، فإذا شرف بالحرية ازداد قضاء حقه شرعًا، وإذا انتقص بالرق انتقص قضاء حقه، والحرف أنه ليس لقضاء[٢] حق الحِلّ حتى يكون دليلًا على ما ادّعيتموه.

فإن قيل[٣]: إن استقام لكم في[٤] عدة الطلاق فلم[٥] يستقم في عدة الوفاة، ولا شك أنها لقضاء حق الحِلّ.

قلنا: ليس لقضاء حق الحِلّ ولا يعقل معنى قضاء حق الحِلّ في العدة، إنما هي واجب شرعي تعبُّدًا، لا يُعقل له معنىً أو تفجع على مصابٍ، وأما القَسْم فليس بقسمة الحِلّ[٦]، وقسمة الحِلّ لا تتصوّر وإنما هو استحقاق أثبته الشرع في جانب النساء، عُرف بالنص والرقُّ مخيل في نقصان الاستحقاق. ويقال لهم: إن أظهرنا معكم مساعدة في تنصيف الحِلّ في جانبها لا عن عقيدةٍ، لكن عن محاباةٍ معكم فقد ظهر التنصيف على اعتبار الأحوال حتى جاز نكاح الحرة في حالتين، وجاز نكاح الأمة في حالة واحدة، ففي هذه الحالة التي جاز فيها نكاح الأمة وجب أن يساوي الحِلّ في حق الحرة؛ لأن

(١) في (ز): وهي.
(٢) في (ز): بقضاء.
(٣) في (ز): قالوا.
(٤) في (ز): ذلك في.
(٥) في (ز): فلا.
(٦) في (ز): للحل.

النقصان قد أخذ حظه وظهر عمله، فلا يجب إظهاره ثانيًا، وهذا فصل معتمد من حيث المجادلة والمذهب هو الأول، وأما الكلام في جانب العبد فنقول: ملك الطلاق بعد النكاح مثل ملك النكاح ابتداءً، فإذا أثّر الرق في ملك النكاح فليؤثر في ملك الطلاق.

وقوله[1]: «يؤثر[2] مرة، فلا يؤثر ثانيًا»، فكلام جاء من غير روّيةٍ؛ لأن قبل النكاح لم يوجد ملك الطلاق[3] حتى يؤثر فيه وقد أثّر فيما يوجد[4] من أصل ملك العقد، وإنما وُجد[5] ملك الطلاق بعد النكاح وإنما يؤثر فيه بعد الوجود، وأما قبل وجود الملك فالتأثير محال، ونقول أيضًا الرق إنما يوجب تنصيف ما يوجب تنصيفه بعد الاستواء في السبب مثل التنصيف في الحدود، فالاستواء إنما يوجد في امرأتين تحت حر وامرأتين تحت عبد، وإذا[6] استويا من هذا الوجه فحينئذ يجوز أن يظهر عمل الرق في التنصيف، وذلك لا يكون إلا على مذهبنا فيملك العبد في هذه الصورة على المرأتين أربعًا والحُر ستًا، ومع هذا التقدير لا يبقى لهم كلام[7] في هذا الفصل، والله أعلم.

---

(١) في (ز): وقولهم.
(٢) في (ز): أنه قد أثر.
(٣) في (ز): طلاق.
(٤) في (ز): وجد.
(٥) في (ز): يوجد.
(٦) في (ز): فإذا.
(٧) في (ز): كلام البتة.




※ (مَسْأَلَة):

طلاق الرجعي عندنا يحرم الوطء[1][2]، ولا يحرم عندهم[3]، ولا تصح الرجعة بالفعل (عندنا)[4][5]، وعندهم: تصح[6]، والإشهاد عندنا واجب في أحد القولين[7].

وعندهم: مستحب وليس بواجب[8]، وإنما جمعنا بين هذه المسائل؛ لأن الجميع يرجع إلى أصل واحد (على المذهبين)[9] على ما سنُبينه[10].

❖ **لنا:**

أن المزيل للنكاح قد تحقق فلابد من زوال وأقرب ما يمكن إثباته من الزوال في هذا المحل هو زواله في حق الحِلّ، وإذا زال في حق الحِلّ حرم الوطء بلا إشكال، وإنما قلنا: إن المزيل للنكاح قد تحقق؛ لأن الطلاق (مزيل للنكاح، فإنه)[11] للإطلاق وإذا وُجد الإطلاق فلابد من حصوله

---

(١) في (ز): محرم للوطء.

(٢) الأم: ٥/٢٤٤، المهذب: ٤/٣٧٤، النكت: ٢٢٥/أ، التهذيب: ٦/١١٤.

(٣) ينظر: مختصر اختلاف العلماء: ٢/٣٨٨، أحكام القرآن للجصاص: ١/٣٥٥، المبسوط: ٦/١٩، رؤوس المسائل: ص ٤٢١.

(٤) زيادة من (ز).

(٥) الأم: ٥/٢٤٤، المهذب: ٤/٣٧٦، التهذيب: ٦/١١٤، الروضة: ٨/٢١٧.

(٦) ينظر: أحكام القرآن للجصاص: ١/٣٥٥، المبسوط: ٦/١٩، رؤوس المسائل: ص ٤٢٢.

(٧) المهذب: ٤/٣٧٧، النكت: ٢٢٥/أ، التهذيب: ٦/١١٤.

(٨) أحكام القرآن للجصاص: ١/٣٥٥.

(٩) زيادة من (ز).

(١٠) في (ز): سنبين.

(١١) في (ز): يزيل النكاح لأنه، وهو القول الثاني للشافعية وهو الأظهر، المنهاج مع المغني:=

كإطلاق القيد عن رجل المقيّد فإنه إذا وُجد لابد من حصوله.

وإنما قلنا: إن أقرب ما يمكن إثباته من الزوال هو إزالته في حق الحِلّ؛ لأن الحِلّ معنىً يجوز أن يرتفع في النكاح ويعود، ألا ترى أنه في الوطء بالشبهة يرتفع في المنكوحة، وكذلك (في إسلام)[1] المرأة تحت اليهودي والنصراني، أو بإسلام أحد الزوجين المشركين، وكذلك بالصوم والإحرام والحيض[2] والنفاس، ثم يعود بزوال هذه المعاني فإذا جاز أن يزول الحِلّ ويعود جاز أن يزول النكاح في حق [٢٤٤/ب] الحِلّ ويعود.

وتحقيق المسألة: أنه قام في هذه المسألة دليلان متعارضان في زوال النكاح، وقيامه.

أما دليل[3] زوال النكاح وقوع[4] الطلاق على ما سبق فإذا وقع فلابد من وقوعه بمعناه، ومعناه إزالة النكاح.

وأما دليل قيام النكاح هو ما يذكرونه في كلامهم فنقول: زال من وجهٍ ولم يزَل من وجهٍ، فجعلنا ذلك الوجه الذي يزول في حقه هو الحِلّ لما ذكرنا[5]، وبقي في سائر الأحكام، والعمل بالدليلين واجب ما أمكن، فلا يصار إلى ترجيح أحد الدليلين على صاحبه إلا عند تعذر العلم بهما.

= ٣٣٦/٣، الروضة: ٢١٦/٨، المهذب: ٣٧٨/٤.

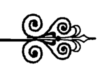
(١) في (ز): بإسلام.

(٢) في (ز): بالحيض.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): فوقوع.

(٥) في (ز): ذكرناه.




واستدل الأصحاب بفصل العدة: فإن وجوبه دليل زوال النكاح من وجه، ويقال لهم: لا يخلو إما أن يقولوا: إن النكاح بقي بعد الطلاق كما كان من قبل، وعلى هذا القول لا يجوز إيجاب العدة، كما قبل الطلاق، وكما لو علّق بالشرط وإن قلتم زال من وجه فوجبت العدة لذلك الوجه فهو قولنا، ونستدل بالعدة أيضًا في إثبات حرمة الوطء.

ووجه الاستدلال: إن العدة لاستبراء الرحم والوطء لشغل الرحم واستبراء الرحم طلب فراغ الرحم، ولا يجوز طلب فراغه مع التمكين من شغله فيسقط الحِلّ بهذا الدليل، والاعتماد على الأول وسنبين وجه كلامهم على هذا.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: النكاح[1] قائم بعد الطلاق الرجعي فيكون الحِلّ قائمًا وتحريرهم طلاق لا يزيل ملك النكاح، فلا يزيل الحِلّ، دليله: الطلاق المعلق.

ودليله: الطلاق الثاني، والطلاق بعد الرجعة، وهذا لأن ملك النكاح ملك الحِلّ، وإذا بقي (ملك الحِلّ)[2] بقي الحِلّ.

قالوا: وأما الدليل على بقاء النكاح أنه لو زال النكاح[3] لم يعد إلا بعقدٍ جديدٍ، والرجعة ليس بعقدٍ جديدٍ بدليل استغنائها في ثبوتها عن رضا المرأة، وعن المهر وعن الولي، ولأن الخلع صحيح بعد الطلاق الرجعي، ولولا بقاء

---

(١) في (ز): إن النكاح.

(٢) في (ز): هو ملك الحل إذا بقي فلابد من بقاء ملك الحل.

(٣) ليست في (ز).

النكاح لم يتصوّر صحة الخلع ؛ لأنا إن جعلناه إسقاطًا للنكاح أو جعلناه فسخًا فمن ضرورته قيام النكاح.

قالوا: ولهذا عندكم وقع الطلاق الثاني ؛ لأن النكاح قائم. والمعتمد لهم من الدليل ثبوت الرجعة ، ووجه الاعتماد عليه ؛ لأن الطلاق إزالة النكاح من حيث الإسقاط ، والساقط يتلاشى فلا يمكن إعادته إلا باستئنافِ سببٍ جديدٍ ، نعم ، يجوز أن يتراخي السقوط عن المسقط لمانع من ثبوته في الحال ، ويجوز أن يسقِط إلى مدة ، فإما أن يسقط مطلقًا ويتلاشى ، ثم يُعاد من غير استئنافِ سببٍ جديدٍ مثل السبب الأول محال[1].

قالوا: وقولكم: إن الطلاق قد وقع ، بلى ، ولكن اقترن به مانع من[2] العمل ، وهو خيار الرجعة فتراخي العمل إلى أن يسقِط الخيار وهو مثل البيع بشرط الخيار فإنه لا يوجب الملك وإن تحقق البيع ؛ لأنه اقترن به مانع من العمل ، وهو شرط الخيار.

قالوا: وليس (فيما أنه وقع)[3] الطلاق ما يدل على أنه يقتضي زوال الملك ، كما نقول في الطلاق الثاني فإنه وقع أيضًا ومع ذلك لا يزيل سببًا[4] ، كذلك الطلاق بعد الرجعة قائم وَلَا عَمَلَ له وكما أن السبب لا ينعقد إلا لعمل يُوجد منه ، فكذلك لا يبقى إلا لعملٍ يُوجد منه ، فلما جاز أن يبقى في هذه الصورة وَلَا عَمَلَ له جاز أن ينعقد السبب ابتداءً وَلَا عَمَلَ له في الحال.

---

(١) في (ز): فمحال.

(٢) في (ز): يمنعه من.

(٣) في (ز): في وقوع.

(٤) في (ز): شيئًا.




قالوا: وأمّا قولكم: إن العمل بالدليلين واجب، بلى، إذا أمكن، وهاهنا لا يمكن؛ لأن النكاح ليس إلا ملك الحِلّ، فإذا زال في ملك الحِلّ لا يجوز أن يبقى من وجهٍ آخر، وبالإجماع قد بقي أصل النكاح، دل[1] أن ملك الحِلّ قائم.

قالوا: وأما قولكم: إن الحِلّ يجوز أن يرتفع ثم يعود فليس بصحيح؛ لأن الكلام في ملك الحِلّ وفي المسائل التي أوردتم ملك الحِلّ قائم، وإنما امتنع الاستيفاء لعوارض في حقوق وحرمات يؤدّي استيفاء الوطء إلى الإعراض عن تلك الحقوق، أو يؤدّي إلى هتك الحرمات مِنْ سقى زرع غيره بمائه في الموطؤة بالشبهة[2] واستفراش كافر بمسلمةٍ[3] فيؤدي إلى هتك حرمة الإسلام أو وطء خبيثة تُشرك أو تمجس فيُمنَع المسلِم من التلوث بها أو مباشرة أذىً بالوطء الحائض[4] والنفساء أو هتك عبادة في وطء الصائمة والمحرمة، وأما في مسألتنا فلم يوجد هتك حرمة ولا يوجد مانع منه، إلا أن الطلاق إنما يمنع من الوطء بواسطة إسقاط الملك، فإذا لم يسقط الملك فلا معنى أن يقال: إن عين وقوعه مانع.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن الملك أشرف على الزوال بالطلاق، فلهذا امتنع لأن الإشراف على الزوال هو وقوع الفرقة بعد انقضاء العدة، وهذا لا يوجب حرمة [٢٤٥/أ] الوطء كما لو علّق الطلاق بمجيء رأس الشهر

(١) في (ز): فدل.
(٢) في (ز): بشبهة.
(٣) في (ز): لمسلمة.
(٤) في (ز): كالحائض.




(أو بقدوم)[١] زيد، وأما تنجيز وقوعه في الحال، لا يوجب حصول الحرمة على ما سبق بيانه.

قالوا: وأما فصل العدة، فإذا لم يدل وجوبها على زوال أصل النكاح فلم يدل على زوال النكاح في حق الحِلّ، وكذلك لا يدل وجوبها على وقوع الحرمة، ألا ترى أنه إذا أراد بيع الأمة التي كان يطأها أو أراد تزويجها يؤمر باستبراء الرحم، والحِلّ قائم فليس في وجوب[٢] صورة العدة دليل على زوال الحِلّ.

وقولهم[٣]: إنها وجبت لاستبراء الرحم فكيف يتمكن[٤] الزوج من شغل الرحم؟.

قالوا: هذا تناقض على أصولكم من أن الوطء ليس برجعةٍ، فأما عندنا فالوطء رجعة، وإذا صارت راجعًا[٥] بالوطء لم يجتمع استبراء الرحم بالعدة مع شغل الرحم بالوطء. وهذا لحقيقةٍ: وهو أن العدة تجب بسببين[٦] عندنا: (أحد السببين)[٧]: انقطاع النكاح فيكون وجوب العدة لقضاء حقه، والآخر انعقاد سبب القطع فتكون العدة أجلًا للقطع، فينقطع النكاح عند انقضاء (العدة التي هي)[٨] الأجل، ويتضمن انقضاؤها قضاء حق النكاح تبعًا ويكتفي

---

(١) في (ز): وقدوم.
(٢) في (ز): وجود.
(٣) في (ز): وقولكم.
(٤) في (ز): يمكّن.
(٥) في (ز): مراجعًا.
(٦) في (ز): لشيئين.
(٧) في (ز): أحدهما.
(٨) ليس في (ز).

بهذه العدة عن العدة التي تجب بعد انقطاع النكاح دفعًا للأضرار[١] عن المرأة فإنه لا معنىً لتطويل الأمر عليها وإيجاب عدةٍ بعد عدةٍ بعد أن حصل المقصود من العدة.

قالوا: وليس هذا كامرأة الحربي إذا أسلمت في دار الحرب حيث تؤمر بالاعتداد بالأقراء لتقع الفرقة أو[٢] يسلم الزوج ثم تؤمر بعدة ثانيًا[٣] لأني لا أقول: إن الأقراء ثَمّ عدة والتربص اعتداد فإن العدة لا تتصور إلا بعد انعقاد سبب الفرقة، وهناك إنما وجد اختلاف الدين واختلاف الدين ليس بسبب للفرقة عندنا[٤]، إنما السبب مضي الأقراء بدليل قام عندنا على ذلك فلابد من وجوب العدة بعد مضي هذه الأقراء.

وأما في مسألتنا فقد انعَقد سبب الفرقة بوقوع الطلاق إلا أنه تراخي عمله فوجب[٥] زمان وجوب العدة فإذا وجبت مرة لم يجب ثانيًا، هذا كلامهم على العدة.

قالوا: وأما الخلوة والمسافرة فعندي[٦] إنما يكره الخلوة إذا لم يمكن له رغبة في مراجعتها[٧]؛ لأنه لا يؤمن أن يواقعها فيصير راجعًا[٨] من غير

---

(١) في (ز): للضرار.
(٢) في (ز): إن لم.
(٣) في (ز): ثانية.
(٤) ينظر: الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣٠٤، المبسوط: ٥/٥٦.
(٥) في (ز): فوجد.
(٦) في (ز): عندنا أي عند الحنفية.
(٧) في (ز): رجعتها.
(٨) في (ز): مراجعًا.

رغبة، فيطلقها ثانيًا فيطول عليها العدة فكره ذلك احترازًا عن[1] الإضرار حتى إذا[2] كان راغبًا مراجعتها لم تكره الخلوة.

قالوا: وأما المسافرة (إنما منع من ذلك لأن خروجها)[3] من البيت في حال العدة ممنوع منه لحق الشرع بنص الكتاب فكان لأجل[4] هذا[5] لا لأجل زوال النكاح بوجهٍ مَّا.

قالوا: وإذا ثبت بقاء النكاح من كل وجهٍ فصار[6] الرجعة مجرد اختيار بقاء النكاح، ولم يكن نكاحًا بوجهٍ مَّا، فاستغنى عن الإشهاد وصح بالفعل الذي هو يدل على اختيار بقاء النكاح كما لو باع بشرط الخيار يجوز الفسخ بالفعل؛ لأنه ليس إلا اختيار بقاء الملك، كذلك هاهنا.

❁ الجواب:

إنا ادّعينا زوال النكاح في حق الحِلّ، وقد دللنا عليه، وأما الدلائل التي ذكروها فهي تدل على أن النكاح لم يزل أصله، أو[7] بقي من سائر الوجوه، وقولهم: إنه إذا بقي أصل النكاح وجب أن يبقى في حق[8] الحِلّ ضرورة، ولئن زال في حق الحِلّ وجب أن يزول أصلًا لأن النكاح ليس إلا

---

(١) في (ز): من.
(٢) في (ز): لو.
(٣) في (ز): بها فإنما كره ذلك؛ لأن الخروج بها.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): لهذا.
(٦) في (ز): صارت.
(٧) في (ز): و.
(٨) ليست في (ز).




ملك الحِلّ، وهذا محزّ الكلام ومفصل الخصام وهو شبهة القوم ونحن نقول: القياس الكلي أنه إذا وقع الطلاق زال ملك[١] النكاح كما إذا وقع العتاق زال (الملك في)[٢] اليمين، إلا أن الشرع أثبت الرجعة نظرًا للعباد على خلاف القياس، وكذلك إثبات العدد في الطلاق على خلاف القياس وهو أيضًا نوع نظر، فنقول: إنما يمنع من عمل الطلاق بقدر ما يتحقق منه النظر، فإذا قلنا: لا يزول من كل وجهٍ تحقق النظر بثبوت الرجعة، فلا يمتنع من عمله في الأمر الذي تستغني عنه الرجعة، ولا حاجة في ثبوت الرجعة إلى بقاء الحِلّ، فيجوز أن يزول ملك الحِلّ ثم يعود بالرجعة (والطلاق)[٣] في هذا الحكم، ويقال لهم أيضًا: الافتقار إلى الرجعة دليل على زوال النكاح من وجهٍ؛ لأن الرجعة عقد جديد من وجهٍ ولهذا المعنى لا يصح عندنا[٤] إلا بالقول، ويجب الإشهاد على أحد القولين[٥]، وعندهم[٦]: يُستَحب الإشهاد[٧] لهذا، فالملك قد زال من وجهٍ وبالرجعة تجدد من وجهٍ.

وقولهم: إن النكاح إذا بقي فلابد من أن يبقى ملك الحِلّ.

قلنا: ولِمَ لا يجوز أن يبقى عقد النكاح ويزول ملك الحِلّ.

قالوا: (ليس عقد النكاح)[٨] إلا ملك [٢٤٥/ب] الحِلّ ولا يعرف إلا به.

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): ملك.
(٣) في (ز): فلم يمنع عمل الطلاق.
(٤) أي عند الشافعية.
(٥) ينظر: الأم: ٥/٢٤٤، المهذب: ٤/٣٧٦.
(٦) أي عند الحنفية.
(٧) ينظر: مختصر القدوري مع الجوهرة ٢/٦٥.
(٨) في (ز): لأن عقد النكاح ليس.

الجواب وهو سر المسألة: أنه لا يجوز أن يبقى ملك النكاح ويزول ملك الحِلّ إذا زال على وجه لا يعود إلا بنكاحٍ جديدٍ، فيقال: لا يتصور الاحتياج بعقدٍ[١] جديدٍ إلا بعد زوال العقد الأول، فأما إذا قلنا إنه زال ملك الحِلّ ولا يحتاج إعادته إلى عقدٍ جديدٍ جاز أن يقال: بقي عقد النكاح مع زوال ملك الحِلّ، وفائدة بقائه إعادة الحِلّ لا بعقدٍ جديدٍ.

والحرف: أن أصل العقد بقي ليفيد ملك الحِلّ عند وجود الرجعة والنكاح لا ينعقد إلا (ويفيد ملك)[٢] الحِلّ، فلا يبقى إلا مفيدًا لملك الحِلّ، إلا أنه إذا اتصل به فائدة ملك الحِلّ، إما في الحال أو في ثاني الحال أمكن الحكم[٣] ببقائه، وأما زوال ملك الحِلّ ثبت بالدليل الذي يدل[٤] عليه، وأما تعلقهم بالطلاق الثاني فعندنا ينضم إلى الأول ويُحالُ زوال الحِلّ عليهما، (مثل ما)[٥] لو ظَاهَرَ ثم ظَاهَرَ، ولا يجوز أن يقال: إن الظهار الثاني (إنما يصح لوجوب الكفارة؛ لأنه لا يُوجَبُ)[٦] للظهار سوى التحريم، وإنما الكفارة كاشفة لموجبه أو نهاية لموجبه.

فإن قالوا: لِم تقولون أنه لا يقع الثاني أصلًا لأنه لم يجد محل عمله وهو الوقوع.

---

(١) في (ز): إلى عقد.

(٢) في (ز): مفيدًا لملك.

(٣) في (ز): القول.

(٤) في (ز): دل.

(٥) في (ز): كما لو.

(٦) في (ز): صح لفائدة وجوب الكفارة فإنه لا موجب.




قلنا: كَمَا لم تقولوا لا يصح ظهار الثاني أصلًا لأنه لم يجد محل التحريم، فإن قالوا: لو كفّر عن الظهار الأول يبقى التحريم بالثاني[1].

قلنا: ليس صحته لهذه الفائدة بدليل أنه لو كفّر عنهما معًا معًا[2] يجوز ولم يظهر للثاني فائدة فدل أن سبيل تصحيحه هو ما بيّنا أنه ينضم إلى الأول فيُحالُ بالحكم من الآن عليهما وإن كان من قبل مُحالًا على الأول خاصة والسبب أنه لا يمكن رد الطلاق الثاني مع بقاء النكاح ولأنه مُنع من التفريق المشروع[3] على الأظهار[4] بالاتفاق، وإذا لم يمكن رده كان السبب[5] ما بيّنا.

وأما بقاء الطلاق بعد الرجعة قد[6] سبق الجواب عنه.

وأما فصل العدة فقد بيّنا أن حرف الإشكال عليهم فيها أن العدة لاستبراء الرحم والوطء شاغل[7] الرحم.

وقولهم: عندنا يصير مراجعًا.

قلنا: الإلزام هو التمكن[8] في الابتداء من الشَّغل مع وجوب الاستبراء،

---

(١) في (ز): الثاني.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): الموزع.
(٤) في (ز): الأقراء.
(٥) في (ز): السبيل.
(٦) في (ز): فقد.
(٧) في (ز): شَغَلَ.
(٨) في (ز): التمكين.

وأيضًا فإن الحِلّ ينافي العدة بدليل أن مَنْ اشترى زوجته الأمة لما حلّت له لم تجب العدة، وإذا ثبت أن حرف المسألة هو أن الطلاق مزيل للنكاح، في حق الحِلّ، فصارت الرجعة من هذه الجهة ابتداء عقد فلا تجوز إلا بالقول، ولابد من الإشهاد ولم يفتقر إلى رضا المرأة ليتحقق الوطء[1] للأزواج بإثباتها، فأما إذا باع بشرط الخيار فالأصح أنه لا يجوز للبائع وطء الجارية المبيعة، وأما الفسخ بالفعل فلأنه محض فسخ ولا يشبه ابتداء العقد بوجهٍ ما، ولهذا المعنى لو قال: «فسختُ» صح، وفي مسألتنا قد بيّنا أن الرجعة تشبه ابتداء عقد جديد من وجهٍ، ولهذا لو قال: «فسختُ العدة أو نقضتُها أو رفعتُ موجَب الطلاق» لم يصح، فهذا وجه الكلام في هذه المسائل. والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

الإيلاء لا يوجب تنجيز الطلاق بعد مضي المدة، لكن (يوقف، أما أن يَفيء أو يطلّق)[2][3].

وعندهم: مضي المدة يوجب تنجيز الفرقة[4] وَلَا فَيْءَ[5] عندهم بعد مضي المدة أصلًا[6].

---

(١) في (ز): النظر.

(٢) في (ز): يتوقف المولى إلى أن يفيء أو يطلق عندنا.

(٣) الأم: ٥/٢٧١، النكت: ورقة ٢٣٠/أ، التهذيب: ٦/١٢٨.

(٤) في (ز): الطلاق.

(٥) في (ز): لا يفيء.

(٦) المبسوط: ٧/٢٠، رؤوس المسائل: ص ٤٢٣.

❁ **لنا:**

أن الإيلاء حلف على منع حق في مدة (أو مطلقًا)[١] فلا يوجب تنجيز الطلاق بحال.

دليله: إذا حلف أنه لم ينفق عليها بل الضرر في منع النفقة أكثر من الضرر في منع الوطء واستحقاق النفقة أشد من استحقاق الوطء خصوصًا إذا وطئها مرة ثم الحلف على منع النفقة لا يكون طلاقًا بحال، فهذا الحلف أولى، وهذا لأن الطلاق لا يقع إلا بلفظ يدل عليه، ولم يوجد في الإيلاء ما يدل على الطلاق إنما هو محض مضارّة ويجوز أن يكون منعقدًا[٢] نكاحها غير راضٍ بطلاقها مع المضارّة[٣]، وإذا ثبت أن اللفظ لا يدل على الطلاق لم يقع به الطلاق والدليل القاطع على أنه لا يدل على الطلاق إنه لو نوى به الطلاق في الحال لم يقع به شيء، ولو دل عليه[٤] لوقع به الطلاق كسائر الألفاظ الدّالة على الطلاق.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

ادّعوا أن الإيلاء كان طلاقًا في الجاهلية فَغُيِّر حكمُه في الشرع بإدخال الأجل ونموا[٥] هذه الدعوى إلى عبد الله بن عباس[٦]، وبعضهم إلى ابن

(١) زيادة من (ز).
(٢) في (ز): معتقدًا.
(٣) في (ز): المضارّة بها.
(٤) في (ز): على الطلاق.
(٥) في (ز): وعزوا.
(٦) روى ذلك البيهقي في سننه ٧/٣٨١.

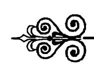
مسعود[1] رضي الله عنهما قالوا: إنه كان طلاقًا في الجاهلية.

وأما المعنى قالوا: مدة مضروبة[2] والتعبير وقع بالتأجيل قال[3]: فإذا انقضى[4] الأجل ظهر الطلاق مثل سائر الآجال إذا مضت طرأت الأحكام المؤجلة، قالوا: وفي لفظ الإيلاء [٢٤٦/أ] ما يدل على الطلاق؛ (لأن الإيلاء)[5] يمين، واليمين توجب التحريم إذا عُقِدَ على الامتناع من فعلٍ، وقد عُقِدَ على الامتناع من الوطء فأوجب (التحريم للوطء)[6] والطلاق يوجب تحريم الوطء بإزالة الحِلّ، فحصلت مناسبة[7] بين الإيلاء والطلاق من هذا الوجه، فجاز وقوع الطلاق به، ولأنه باليمين عاملها معاملة الأجانب والأباعد حيث امتنع من وطئها، وقطع صحبته عنها، وَطَوَى الفراش بينه وبينها، ومعاملة الأجانب تثمر[8] التجانُبَ.

قالوا: وأما اليمين[9] على منع النفقة فليس يشبه مسألتنا؛ لأن الإيلاء يوجب[10] الطلاق بالإجماع، أما عندنا فبالتنجيز بعد[11] مضي المدة، وعندكم

---

(١) ينظر: نصب الراية ٢٤٢/٣.
(٢) ماما بين القوسين ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): مضى.
(٥) في (ز): لأنه.
(٦) في (ز): تحريم الوطء.
(٧) في (ز): مشابهة.
(٨) في (ز): يجوز أن تثمر.
(٩) في (ز): الحلف.
(١٠) في (ز): موجب.
(١١) في (ز): عند.

باستحقاقه عند ترك الفيء[1] في المدة وبعدها.

وأما الحلف على منع النفقة فليس بموجبٍ للطلاق بحال، وربما يقولون: إذا كان الإيلاء موجبًا استحقاق الطلاق فإنما أوجب استحقاقه ليقع خلاص المرأة من هذا الزوج الذي قصد الأضرار بها، وتنجيز الطلاق أقرب إلى الخلاص (والاستحقاق من الإيقاف)[2] الذي يقولونه بين الفيء أو الطلاق فوجب أن يتعين هذا الوجه ليحصل[3] المقصود.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: إن الإيلاء كان طلاقًا في الجاهلية (فنحن)[4] لا نعرف ثبوت ذلك وما نسبوه إلى عبد الله بن عباس فلا يعرف. وعلى أنه كان طلاقًا في الجاهلية فقد قال الله تعالى: ﴿أَفَحُكْمَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ يَبْغُونَ﴾[5] فقد مُنِعنا من تتبع[6] أحكام الجاهلية والذي قالوه: إنه أُجّل في الشرع فهذا دعوى[7] بعد دعوى فلم يرد هذا الذي ادّعوه في (الكتاب ولا في السنة، ولا دل)[8] عليه معقول، وقد روى سليمان بن يسار عن (تسعة نفر)[9] من أصحاب النبي ﷺ أنهم

(١) في (ز): الفئة.
(٢) في (ز): من الأنفاق.
(٣) في (ز): تحصيل.
(٤) في (ز): فغيّر.
(٥) سورة المائدة، آية: ٥٠.
(٦) في (ز): نقنفي.
(٧) في (ز): التغيّر دعوى.
(٨) في (ز): كتاب ولا سنة ولا يدل...
(٩) في (ز): عن شعبة عن نفر.

كانوا يوقفون المُولي[١]، وقد ذكر (الأصحاب اختلاف)[٢] هذا القول الذي قلناه عن عمر وعثمان وعلي وعائشة وابن عمر وأبي الدرداء رضي الله عنهم[٣]، قال سهل بن أبي صالح عن أبيه: سألت اثنا عشر نفرًا من أصحاب النبي عليه السلام فكلهم قالوا: ليس عليه شيء حتى يمضي أربعة أشهر ثم يوقف فيَفيء أو يطلق[٤]، وبهذا قال سعيد بن المسيب، ومجاهد، وطاوس، ومالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وقد رُوي مثل قولهم عن ابن عباس وابن مسعود وزيد رضي الله عنهم، وفي المسألة اختلاف روايةٍ عن عثمان وعلي رضي الله عنهما، بهذا الاختلاف المنقول، فأما على الوجه الذي ادّعوه أنه كان طلاقًا في الجاهلية فأُجِّل وضُرِبَتْ له مدةً فلا يعرف عن أحدٍ.

فأما قولهم: إن (في)[٥] لفظ الإيلاء ما يدل على تحريم الوطء، فليس كذلك، واليمين عندنا لا توجب شيئًا ولا تحرم، ولئن جاز على هذا الاعتبار في جعل الإيلاء[٦] طلاقًا فوجب أن يفعل مثل ذلك في اليمين على منع النفقة، ولأنه لو نوى الطلاق في الحال لم يقع، ولو دل على الطلاق لوقع، وكذلك يبطل بهذا قولكم[٧] أنه عاملها معاملة الأجانب، والأباعد.

وأما قولهم: إن الطلاق مستحق بالإجماع.

---

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٦٢.
(٢) في (ز): أصحاب الاختلاف.
(٣) ذكر ذلك عنهم البخاري في صحيحه تعليقًا: ٩/٤٢٦.
(٤) ذكره البخاري في صحيحه تعليقًا: ٩/٤٢٦.
(٥) زيادة من (ز).
(٦) في (ز): اليمين.
(٧) في (ز): قولهم.

قلنا: ليس كذلك، بل هو على[(١)] خيرة الزوج، ومتى فاء بالوطء سواء كان في المدة أو بعد مضي المدة لم يقع شيء، فأما توقيف المُولي عندنا إنما كان لترك الإمساك بالمعروف؛ لأنه إذا حلف على ترك الوطء ومضت مدة صبر النساء من[(٢)] الرجال تحقق الضرر وفات الإمساك بالمعروف، فيؤمر بالتسريح وهذا حكم كل مخيَّر بين شيئين، إذا امتنع من أحدهما يؤمر بالآخر، كذلك نقول في منع النفقة إذا تحقق الضرر بأن كان معسرًا، فأما إذا كان موسرًا فلم يتحقق الضرر؛ لأن القاضي قَضَى[(٣)] لها بالنفقة، ويُسلِّم إليها قدر النفقة من ماله أو يأمرها بالإنفاق على نفسها ليرجع إليها.

قالوا: فينبغي على (ما زعمتم)[(٤)] إذا ترك الوطء من غير يمينٍ أن يوقف أيضًا.

قلنا: لا يتحقق الضرر في هذه المسألة؛ لأن الوطء يُتوقع في كل ساعة فإن الطبيعة مستحثة ولم يعقد عقدًا شرعيًا على نفسه بالامتناع بخلاف مسألتنا، وأما الكلام في المسألة من حيث الآية فقد تعلّق أصحابنا بها من وجوه:

أحدها: وهو قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[(٥)] فجعل المدة المضروبة[(٦)] حقًا للزوج، فإذا أوقعنا الطلاق بمضي المدة جعلنا

---

(١) في (ز): إلى.

(٢) في (ز): عن.

(٣) في (ز): يقضى.

(٤) في (ز): زعمكم.

(٥) سورة البقرة، آية: ٢٢٦.

(٦) في (ز): مضروبة.

المدة عليه، وظاهر الآية يدل على أن هذه المدة للزوج بتوسيع الأمر عليه، ولأن الله تعالى أمر بعدها بتضييق الأمر عليه ولأنه تعالى قال: ﴿فَإِن فَآءُو﴾[1] [٢٤٦/ب] وحرف الفاء يوجب التعقيب، دل[2] أن الفيء بعد المدة ثابت، ولأن الله تعالى قال: ﴿وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[3] والمسموع طلاق يوقع لا طلاق بثبت حكمًا، دل أن عزيمة الطلاق ما بيّنا[4].

وأما هم استدلوا[5] بالآية وقالوا: ظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِن فَآءُو﴾[6] بعد قوله: ﴿تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[7] يدل على أن الفيء في المدة مثل قول القائل لغيره: «أجّلتُك سنةً فإن فعلتَ كذا أعطيتُك وأكرمتُك»، يدل على أن الفعل مطلوبٌ منه في المدة.

قالوا: نُقِلَ في قراءة ابن مسعود أنه قرأ (**فإن فاؤوا فيهن**)[8] وهذه القراءة تفسير القراءة[9] المعروفة.

قالوا: ولأن الله تعالى قال: ﴿وَإِنْ عَزَمُواْ ٱلطَّلَٰقَ﴾ أدخل[10] الألف واللام

(١) سورة البقرة، آية: ٢٢٦.
(٢) في (ز): فدل.
(٣) سورة البقرة، آية: ٢٢٧.
(٤) في (ز): بيناه.
(٥) في (ز): فاستدلوا.
(٦) سورة البقرة، آية: ٢٢٦.
(٧) سورة البقرة، آية: ٢٢٦.
(٨) ذكرها الجصاص في أحكامه: ١/٣٦١.
(٩) في (ز): للقراءة.
(١٠) في (ز): فأدخل.

فينصرف إلى المعهود، إذ ليس هاهنا جنس والمعود السابق هو الإيلاء، دل أنه المراد به الطلاق، فاعلم أن ما ذكرناه أبين وأظهر في معنى الآية، والذي ذكروا من الكلامين فالجواب من وجهٍ واحدٍ: وهو أن الفيء على طريق التوسع عندنا، لا يكون إلا في المدة المضروبة. وأما الفيء بعد المدة فهي على خلاف ذلك الفيء الثابت في المدة؛ لأنه على جهة التضييق على ما ذكرناه.

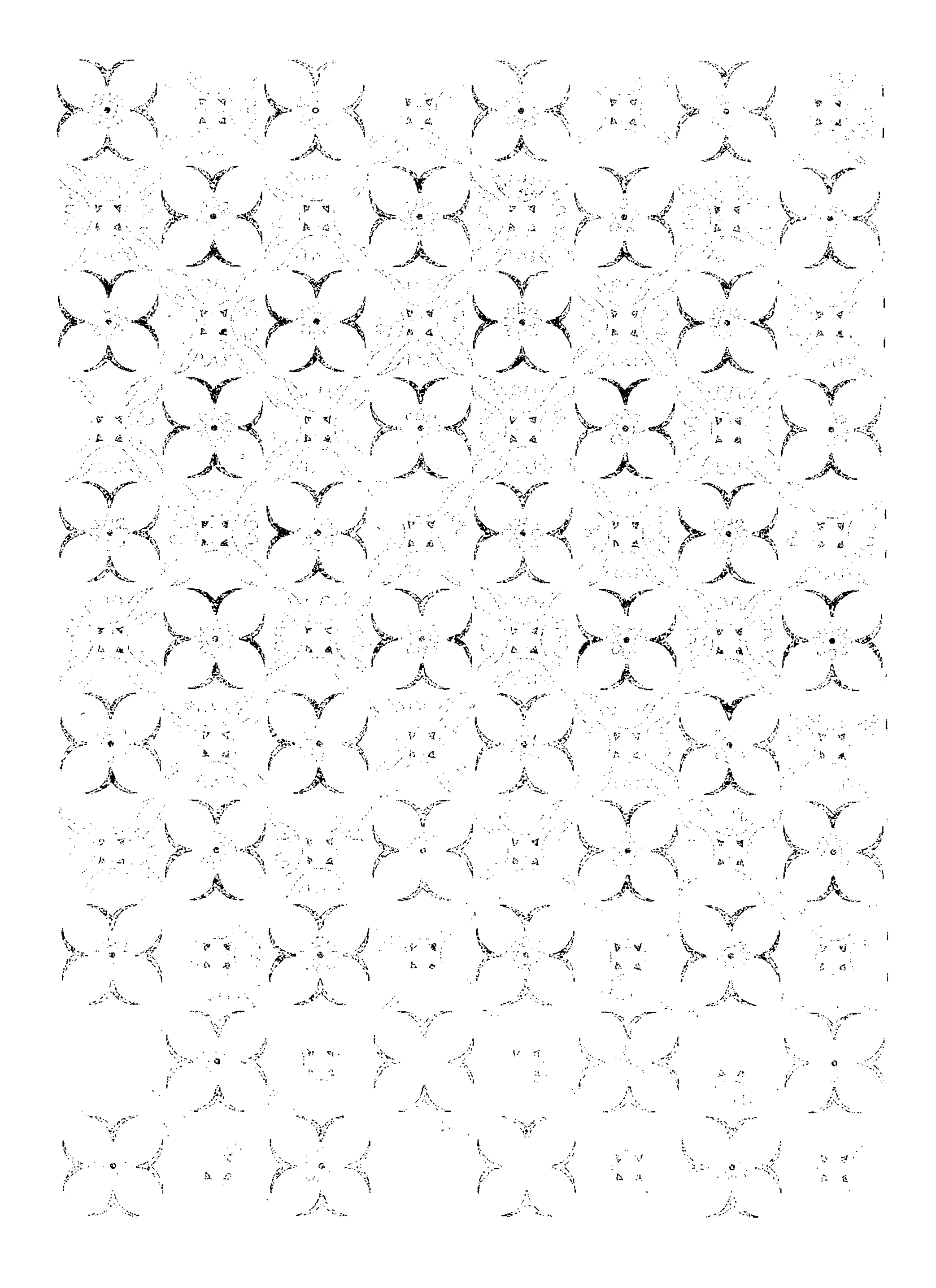
وأما الذي قالوا: إن الطلاق ينصرف إلى المعهود.

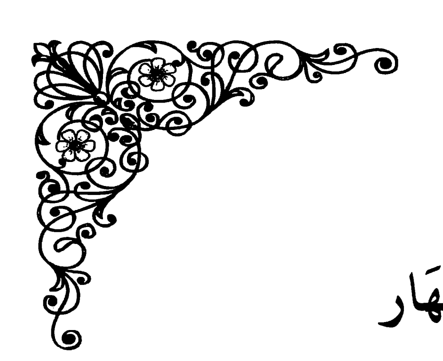
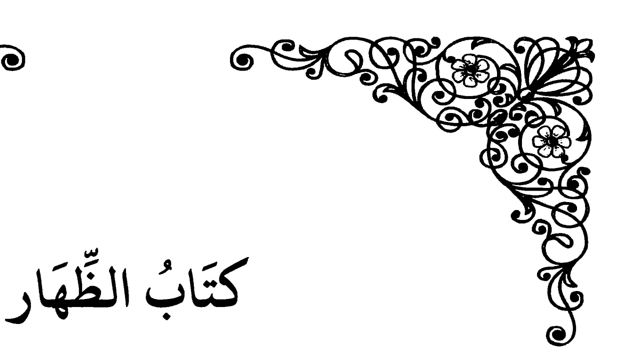
قلنا: قد انصرف إلى المعهود، وهو المعهود في الشرع؛ فإن الطلاق في الجملة (مشهور معروف في الشرع)[1]. والله أعلم بالصواب.



---

(١) في (ز): معروف معهود.



كتَابُ الظِّهَار

※ (مَسْأَلة):

يصح ظهار[1] الذمي عندنا[2]، وعندهم: لا يصح[3].

❖ لنا:

أن موجب الظهار في الشرع التحريم والكافر من أهل التحريم فيكون من أهل الظهار، وهذا لأن العقد إذا عُقِدَ على معنىً فكل مَنْ يصح ثبوت ذلك المعنى في حقه، وهو صحيح القول في العقود لابد أن يصح عقده ثم الدليل على أنه من أهل ثبوت التحريم في حقه أنه تحريم بالتزام حرمة في موضعٍ، وإذا كان من أهل إثبات الحِلّ لنفسه كان من أهل التزام الحرمة في محله، ولأنه من أهل الحرمة بإسقاط الملك، فكان من أهل الحرمة في الملك، ألا ترى أنه لما كان من أهل المنع من التصرفات في ملك اليمين بإسقاط ملك اليمين كان من أهل المنع من التصرفات بعارض الرهن والإجارة، وكذلك الحِلّ في ملك اليمين يسقط تارة بسقوط الملك، وتارة

---

(١) الظهار: مشتق من الظهر، وإنما قالوا: كظهر الأم دون بطنٍ وفخذٍ؛ لأن الظهر موضع الركوب والمرأة مركوب الزوج. ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه: ص ٢٧٠.

(٢) الأم: ٥/٢٧٦، المهذب: ٤/٤٣٦، الروضة: ٨/٣٠٠.

(٣) مختصر الطحاوي: ص ٢١٤، المبسوط: ٦/٣١، أحكام القرآن للجصاص: ٣/٤١٧، رؤوس المسائل: ص ٤٢٥.

مع بقاء الملك، مثل التزويج والكتابة، ثم الذمي يكون من أهل ذلك مثل المسلم، ثم[1] الدليل على أنه من أهل الكفارة (وإليها يؤول)[2] الكلام في المسألة: أن التكفير واقع بالعتق وهو في العتق مثل المسلم فكذلك في التكفير بالعتق يكون مثل المسلم، وهذا لأن وجوب الكفارة بالظهار حصولها[3] بالعتق، وقد بيّنا أن الكافر من أهل الظهار وهو من أهل العتق (بالإجماع)[4]، فلم يبق لإخراجه من أهلية التكفير معنىً.

وتحقيق المسألة في فصل الكفارة: أن الكفارة وجبت لأحد المعنيين، إما المنع والزجر من الظهار لأنه منكر من القول وزور فيليق به المنع أو لتغطيةِ إثم الظهار أخذًا بمعنى اسم الكفارة، وأيّهما كان فالكفر (غير مانع)[5]؛ لأن المنع من الظهار صحيح في حقه؛ (لأنه يجوز)[6] أن يكون هذا الكافر كافرًا ولا يكون عليه إثم الظهار، فصح أيضًا أن يلحقه إثم الظهار ثم يُمحى ويُغطى بالكفارة، ونستدل بالإيلاء وبفصل بقاء[7] الظهار بعد الردة على ما عرف.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: ليس من أهل موجب الظهار فلا يكون من أهل الظهار؛ لأن العقد

---

(١) في (ز): أما.
(٢) في (ز): وإليه يعود.
(٣) في (ز): وحصولها.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): ليس بمانع.
(٦) في (ز): كالمنع من سائر الجرائح ويغطيه إثم الظهار ونحوه صحيح في حقه أيضًا؛ لأن هذا الكافر يجوز...
(٧) ليست في (ز).



ينعقد لموجبه، وإنما قلنا: إنه ليس من أهل موجب الظهار؛ لأن موجب الظهار تحريم مؤقت بالتكفير بدليل أن النبي ﷺ قال لسلمة[1] بن صخر البياضي حين ظاهر ووطء: (لا تَعُدْ حتى تكفِّر)[2] فكلمة[3] «حتى» للغاية فهو نص في توقيت الحرمة، وإذا ثبت أن الموجب هذا والكافر ليس من أهل الكفارة فلا يكون من أهل التحريم المؤقت بالكفارة، ثم الدليل على أنه ليس من أهل الكفارة؛ لأن[4] الكفارة عبادة بدليل أنها تتأدّى بمحض العبادة وهو الصوم وإذا كان الخَلَف عبادة لابد أن يكون الأصل عبادة؛ لأن الخلَف والأصل لا يختلفان في المعنى، ولأنها تفتقر[5] إلى النية، ولأن مَنْ عليه [٢٤٧/أ] يقيمها بنفسه، وهذا وضع العبادات، أما وضع[6] العقوبات يقيمها[7] الغير على الغير كالحدود، ومعتمدهم: أن الظهار سئية، وتكفير السيئات بالحسنات بدليل قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْحَسَنَٰتِ يُذْهِبْنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ﴾[8]، وبدليل قوله ﷺ: (إذا عملت سيئة فاعمل بجنبها حسنة تمحها)[9]، ولأنه إذا استحق

---

(١) سلمة بن صخر البياضى الأنصاري الخزرجي صحابي ظاهر من امرأته قال البغوي «لا أعلم له مسند غيره» روى له أبو دواد والترمذي وابن ماجه. ينظر: التقريب ص١٣٠.

(٢) رواه الترمذي بلفظ (فلا تقربها حتى تفعل ما أعرك الله به)، سنن الترمذي: ١٧٧/٥ مع العارضة، أبواب الطلاق، وقال الترمذي: حسن غريب صحيح.

(٣) في (ز): وكلمة.

(٤) في (ز): أن.

(٥) في (ز): تحتاج.

(٦) ليست في (ز).

(٧) في (ز): يقيمها.

(٨) سورة هود، آية: ١١٤.

(٩) رواه الإمام أحمد في مسنده: ١٦٩/٥ عن أبي ذر، ولفظه: (إذا عملت سيئة فاتبعها بحسنة تمحوها) قال محقق المسند حسن لغيره. ينظر: المسند بتحقيق الأرناؤوط رقم: ٢١٣٥٤،=




الثواب بالحسنة واستحق العقاب بالسيئة ذهب عقابُ السيئة في مقابلة ثواب الحسنة، ترجيحًا للرحمة على الغضب بقوله ﷺ حاكيًا عن الله تعالى: (سبقت رحمتي غضبي)[1] ولا يعرف في محو السيئات معنىً سوى هذا، وإذا ثبت إن الكفارة عبادة (فلا تجب على الذمي)[2]، وربما يقولون: إن الكفارة فيها معنى العقوبة، ومعنى العبادة؛ لأن في سببها محظورًا ومباحًا، وهو الظهار والعود وإذا اجتمع فيها معنى العبادة ومعنى العقوبة، لم يكن الكافر من أهل العبادة لم يمكن إيجابها في حقه، وهذا أحسن من دعوى كون الكفارة عبادة على الإطلاق. واعتمدوا من حيث الحكم على التكفير بالصوم فإنه تكفير[3]، وإنما وقع في هذه الصورة كفارة وإذا[4] كان من أهل الكفارة وصام (وجب أن يصح صومه)[5] لما قلتم من المعنى وحين لم يصح دل أن المانع ما ذكرناه.

قالوا: وقولكم: إنه من أهل أن لا يكون عليه إثم الظهار.

قالوا: بلى، ولكن لا طريق له في هذه الصورة.

قالوا: وأما الحدود محض[6] عقوبة على الجرائم فيصح إثباتها في حق

= ٢١٤٨٨، ٢١٥٣٦.

(١) رواه البخاري في صحيحه: ١٣/٤٤٠ مع الفتح بلفظ: (إن رحمتي سبقت غضبي) رقم (٧٤٥٣).

(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٣) في (ز): تكفير وتطهير.

(٤) في (ز): فإذا.

(٥) في الأصل: يصح وَجَبَ أن صومه.

(٦) في (ز): فمحض.

الكفار[١]، واعترضوا على فصل الإيلاء وفرقوا بينه وبين الظهار، وهو أن الإيلاء يمين بمنع[٢] نفسه من الوطء (فعلى ما)[٣] عرف من أصولنا أن موجب الإيمان البر فيها، وهو من أهل هذا الموجب، فيكون من أهل الإيلاء، وأما الكفارة خلفٌ عن البر فغاية ما في الباب فوات الخلف في حق الذمي، وفوات الخلف لا يمنع انعقاد العقد للواجب الأصلي، وأما الطلاق الواقع بالإيلاء إما لأنه طلاق في الجاهلية دخله الأجل، أو لأنه قصد إضرارها بالامتناع من الوطء باليمين عوقب بجعله طلاقًا، وأما في مسألتنا فموجب الظهار ما[٤] بيّنا، وليس من أهل موجبه على ما سبق.

قالوا: وأما إذا ارتد بعد الظهار فإنه[٥] إنما بقي لأن السبب إنما يُعتبر منعقدًا لموجبهِ في ابتداء العقد، فأما في حال البقاء فلا ينظر إليه، ألا ترى أن اليمين بالطلاق تصح في حال النكاح، ثم أنه لو أبان المرأة وانقضت عدتها بقيت اليمين وإن كان[٦] لا تصح ابتداء فكان[٧] المعنى ما بيّنا، كذلك[٨] في مسألتنا، وأما إذا كفّر بعد الردة فعندنا هو موقوف لتوقف حاله على ما عرف من أصولنا أن تصرفات المرتد موقوفة فإذا أسلم حينئذ[٩] تصح

(١) في (ز): الكافر.
(٢) في (ز): يمنع بها.
(٣) في (ز): وقد.
(٤) في (ز): هو ما.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): كانت.
(٧) في (ز): وكان.
(٨) في (ز): كذا.
(٩) في (ز): فحينئذ.




عن الكفارة وقد اعتبر بعضهم الظهار بالنذور[١]، وقال: الظهار سبب لالتزام العبادة فلا يصح من الكافر.

دليله: النذر وأن[٢] نذره باطل بالإجماع.

❁ **الجواب:**

قولهم ليس[٣] من أهل موجب الظهار قد بيّنا أنه من أهل موجبه وفصل التمسك بالكفارة فالجواب عنه من وجهين[٤]: أحدهما: أن موجب الظهار ليس على ما قالوا، بل موجبه تحريم مطلق؛ لأن السبب مطلق فيكون الموجب مطلقًا، ولأنا إذا جعلنا الكفارة غاية لم تكن كفارة؛ لأن الكفارة واجبة (له معنى)[٥] فلابد من اعتبار معناه[٦] من التغطية والستر والغاية لا يوجد فيها تغطية ولا ستر إنما هي مجرد وجود[٧] زمان يتم مدة الحكم بوجوده، فأما[٨] نحن نقول: موجب الظهار تحريم مطلق وينكشف بالكفارة مثل ما قلنا[٩] في الطلاق الثلاث إن موجبه (تحريم مطلق)[١٠] وينكشف بالزوج الثاني، (وكان)[١١]

(١) في (ز): بالنذر.
(٢) في (ز): فإن.
(٣) في (ز): أنه ليس.
(٤) في (ز): طريقين.
(٥) في (ز): لمعنى.
(٦) في (ز): معناها.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): وأما.
(٩) في (ز): قلتم.
(١٠) في (ز): التحريم المطلق.
(١١) في (ز): وكان انكشاف التحريم بانكشاف وزر الظهار.




إثبات التحريم نوع معاقبة على ما ارتكبه من القول المُنكَر والزور، وإذا انكشف الزور انكشف الحرمة، وإذا ثبت أن موجبه تحريم مطلق إلا أنه ينكشف بالكفارة ففوات الكاشف في حق الكافر لا يمنع صحة الظهار لوجود موجبه.

فإن قالوا: فإذا لم يكن كاشف يكون التحريم مؤبّدا والظهار لا يوجب مثل هذا التحريم.

قلنا: لا نقول أنه تحريم مؤبد بل إنما ادعينا أنه ليس بتحريم مؤقت على ما زعموا، بل[1] تحريم مطلق يوجد له كاشف، فصح أصله من الكافر، وأما الكاشف في حقه ثابت بأن يُسلم ويكفّر.

فإن قالوا مع تمسكه بالكفر لا نتصوّر الكفارة.

قلنا: إنما يعتبر وجود الكاشف في حقه بوجود سبيل له إلى فعله، وقد [٢٤٧/ب] وجد ذلك إسلامه وتكفيره، وهذا مثل الصلاة في حق المحدث والجنب يحكم بوجوبها عليهما[2]؛ لأن السبيل إلى فعلها في حقهما[3] حاصل بفعل الوضوء والاغتسال فاستقام إيجابها كذلك هاهنا.

فإن قالوا: إن الوضوء والاغتسال شرطٌ خاصٌ للصلاة فيوجب الصلاة بتقديرهما تبعًا، وأما الإسلام ليس بشرطٍ خاصٍ بل هو أصل في كل العبادات، فلا يستقيم إيجاب الكفارة بتقديرهما[4].

---

(١) في (ز): بل هو.
(٢) في الأصل: عليها.
(٣) في الأصل: حقها.
(٤) في (ز): بتقديره.

قلنا: هذا فرق صورة، وإنما العبرة بما بيّنا من تسهيل السبيل إلى فعله لئلا يؤدي الإيجاب إلى إيجاب ما ليس في وسع الإنسان وهذا جواب معتمد، وفيه تمشية المسألة من غير مساس الحاجة[1] لجانب الكفارة.

الجواب الثاني: إن الكافر من أهل الكفارة بدليل ما بيّنا، وأما فصل الصوم فالتعلق به لا يصح؛ لأن الكافر من أهل العتق فيصح منه التكفير بالعتق وليس من أهل الصوم فلا يصح منه التكفير بالصوم، وبهذا لا يندفع الإشكال ويقولون: صححوا منه الصوم في هذه الصورة، لأنه تصح كفارة وهو من أهل الكفارة عندكم، وقال: بعض أصحابنا في الكفارة معنى العبادة والعقوبة، فإذا كفّرنا بالصوم صححنا[2] على جهة العبادة، وإذا كفّرنا بالعتق صححنا[3] على جهة العقوبة كالحد، يقام على التائب طُهرةً وعلى المصرّ عقوبةً، وعلى هذا الجواب لابد من تسليم وجود[4] معنى العبادة في الكفارة، وإذا كان فيه معنى العبادة فلابد من أهلية العبادة، ليوجد معنى العبادة، والتقسيم[5] ضعيف عند التأمل؛ لأن المعنى الذي وضعه الشرع في واجب لا يجوز أن يعرض عنه بالكلية.

وفي الحد قالوا: هو عقوبة بكل حال إلا أنه عقوبة لم يعف عنه بالتوبة فالجواب[6] المعتمد هو: أن نسلّم معنى[7] العبادة في الكفارة بكل حال سواء

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): صححناه.
(٣) في (ز): صححناه.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): التسليم.
(٦) في (ز): والجواب.
(٧) في (ز): وجود معنى.

وُجد أداؤها من المسلم أو من[1] الكافر إلا أنا نقول: إن العتق ليس بعبادة وضعًا بل هو إسقاط ملك، ولهذا صح من الكافر، وأما معنى العبادة هو[2] عارض بصفة الكفارة ولولا صفة الكفارة ما كان فيه معنى العبادة، وقد بيّنا أن الكفارة معنى يتصور وجوده في حق الكافر فصح منه أيضًا هذه الكفارة وإن كان فيها معنى العبادة لأنا إنما لم نصحح العبادات من الكافر[3]؛ لأن موجبها الثواب، والثواب هو الجنة والله تعالى حرّم الجنة على الكافر[4]، وهاهنا ليس هذه العبادة لأجل نيل الجنة إنما هي ليكون المفعول كفارة والكفارة واجبة لمعنى لا ينافيه الكفر فصح منه التكفير وإن كان فيه معنى العبادة.

فإن قالوا: مَنْ لا يعرف الله كيف يعبد الله؟.

قلنا: الأصل أن كل عباد الله يجوز أن يعبدوا الله وعلى أن في زعمه أنه يعرف الله فحكم هذا منه بناء على زعمه كالأنكحة وكثير من الأشياء على ما عرف من المذهبين. وخرج الصوم على هذا لأنه في وضعه عبادة موضوعة لنيل الجنة، فلم يكن الإعراض عن وضعه فاعتبر وضعه مع وصف الكفارة، وفي العتق والإطعام أخذ معنى العبادة من وصف الكفارة على ما سبق.

وأمّا قولهم: إن محو السيئات بالعبادات.

قلنا: بل الحسنات على ما وَرَدَ به النص، وَكُلّ مستحسَن في الشرع حسنة، وإن لم يكن عبادة، وعلى أن محو السيئات بامتثال الأمر وَمَنْ أُمِر

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): فهو.
(٣) في (ز): الكفرة.
(٤) في (ز): الكفار.




بشيء لمعنىً، فإذا امتثل المأمور به[1] وجد ذلك المعنى، ولا يجوز أن (يقال: إنه)[2] بطريق مقابلة الثواب بالعقاب؛ لأن المقابلة حقيقة إنما يكون بالموازنة[3] ولا تعرف هذه الموازنة بين الثواب والعقاب في السيئات والحسنات، وكذلك في التوبة نقول: إنما تمحو السيئات لأجل امتثال الأمر؛ لأنه استحق بالتوبة من الثواب ما يقابل العقاب بارتكاب جميع الفواحش فلا طريق إلا ما ذكرنا[4]، والاعتماد على هذا الجواب أولى، وهو جارٍ على متن المذهب.

وأما فصل الإيلاء لازم[5] عليهم، وعذرهم في نهاية الضعف، ووجه الإلزام وهو[6]: أن الإيلاء وإن كان موجبه الامتناع من الوطء لكن بشرط التزام الكفارة أو ما يقوم مقام الكفارة عند الوطء، وهذا لا يوجد في حق الذّمي، كما أن الظهار موجبه التحريم، لكن بشرط رفعه بالكفارة، فلا فرق (بينهما معنىً)[7]، ثم لما صح الإيلاء من الذّمي من غير نظرٍ إلى الواجب بالوطء، وجب أن يصح منه الظهار من غير نظر إلى الواجب من الكفارة، وأما فصل البقاء فلازم أيضًا، ووجه[8] الإلزام هو أن السبب كما لا ينعقد إلا بحكمه فلا يبقى إلا بحكمه، وحين بقي بعد الردة عندهم، دل أن حكمه

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): تكون.
(٣) في (ز): بموازنة.
(٤) في (ز): ذكرناه.
(٥) في (ز): فلازم.
(٦) في (ز): هو.
(٧) في (ز) ك من حيث المعنى.
(٨) في (ز): وحرف.

[٢٤٨/أ] يجوز ثبوته في حق الكافر، وأما المسألة التي استشهدوا بها فهي على أصولهم، وعندنا يسقط عقد اليمين بالبينونة ونستدل عليهم بجواز العتق عن الكفارة بعد الردة.

وقولهم: إنه موقوف يلزمهم النية عن الكفارة والنية عن التكفير لا تتصور أن توقف، وأما فصل النذر فقد ظهر الجواب فيما سبق عنه (وليس يشبه مسألتنا)[١]، والله أعلم.

❊ (مَسْأَلَة):

المظاهر إذا وطء المرأة التي ظَاهَرَ منها في خلال الشهرين بالنهار ناسيًا، أو بالليل عامدًا فلا[٢] يلزمه استئناف الصوم عندنا[٣] خلافًا لهم[٤].

لنا:

أن هذا وطء لم يفسد الصوم فلا يفسد التتابع.

دليله: إذا وطء غير التي ظَاهَرَ منها وهذا لأن التتابع صفة الصوم وإذا لم يفسد الصوم وجب أن لا يفسد التتابع.

والمعتمد: أن الله تعالى أوجب صوم شهرين قبل المسيس فصارت القَبَلِيّة مأمورًا بها، وإذا[٥] وطء في خلال الشهرين فقد أخل بالأمر إلا أن

(١) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٢) في (ز): لا.
(٣) المهذب: ٤/٤٣٠، النكت: ورقة ٢٣٧/أ، روضة الطالبين: ٣٠٢/٨.
(٤) بدائع الصنائع: ٢٩٣٤/٦.
(٥) في (ز): فإذا.

بإخلاله بالمأمور به لم يسقط الأمر فلا يخلو إما أن يمضي أو يستأنف فنقول: المضي أولى لأنه إذا استأنف (إلى أن يصوم)[1] الشهرين كلاهما بعد المسيس، وإذا مضى أتى بصوم أحدهما قبل المسيس والآخر بعد المسيس فنقول: قَدِرَ على موافقة الأمر في أحد الشهرين فلا يجوز الإخلال به كما لو قدر على موافقته في كلا الشهرين لم يجز الإخلال به. ونظيره[2] قوله: ﴿وَسَبِّحۡ بِحَمۡدِ رَبِّكَ قَبۡلَ طُلُوعِ ٱلشَّمۡسِ وَقَبۡلَ غُرُوبِهَا﴾[3] ثم لو افتتح العصر وغربت الشمس في خلال الصلاة وجب عليه المضي، ولا نأمر[4] بالاستئناف، وهذا نظير مسألتنا صورة ومعنىً، وهو ظاهر عند التأمل.

فإن قالوا: أليس أنه لو استأنف يجوز؟ وإنما الكلام في الوجوب.

قلنا: لا، بل يجب عليه المضي وإذا استأنف يكون مُضِيًا على صوم الشهرين، فإذا تَمّ (صوم الشهرين)[5] فالزيادة فعل مبتدأ.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: أمر الله تعالى بصوم شهرين قبل المسيس، وفي إيجاب صوم شهرين قبل المسيس إيجاب صوم شهرين خاليين عن المسيس قطعًا وصار[6] كل واحد منهما مأمورًا به، وقد عجز عن القيام بأحد أمرين[7] فيلزمه القيام

(١) في (ز): أتى بصوم.
(٢) في (ز): ونظير هذا.
(٣) سورة طه، آية: ١٣٠.
(٤) في (ز): ولا يؤمر.
(٥) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٦) في (ز): فصار.
(٧) في (ز): الأمرين.

بالثاني[١]، وذلك بالاستئناف.

يبينه: أن الأمر لم ينفسخ وإنما ظهر العجز وبالعجز لا يسقط الأمر، وإذا بقي الأمر المصرّح به بقي ما تضمّنه من الأمر الثاني غير أن العجز وُجِدَ في الأول ولم يوجد في الثاني فيسقط فعل الأول بالعجز مع بقاء أصل الأمر ووجب الأمر الثاني لعدم العجز.

قالوا: وأما الذي قلتم[٢] فليس بصحيح؛ لأنه إذا مضى لم يوجد امتثال واحدٍ من الأمرين وإذا استأنف وُجِدَ امتثال أحد الأمرين، وهذا حرفهم.

قالوا: وقولكم: إنه إذا مضى أتى بأحد الشهرين قبل المسيس لا يصح؛ لأن المأمور به (إثبات كلا الشهرين)[٣] قبل المسيس وعلى أن في الاستئناف حفظ كلا الأمرين في كل الشهرين، وفي المضي حفظ أحد الأمرين في أحد الشهرين فكان الأول أولى؛ لأنه أقرب إلى موافقة الآية.

❁ **الجواب:**

أن جميع ما قلتم[٤] يدخل عليه فصل صلاة العصر وغروب الشمس في خلالها وإن كان الأمر في مسألتنا يتضمن الأمر بالإخلاء ضرورة (ففي هذا الموضع كذلك)[٥] ولا يتبيّن فرق ألبتة، ثم نقول: ليس الأمرُ من الشرع[٦]

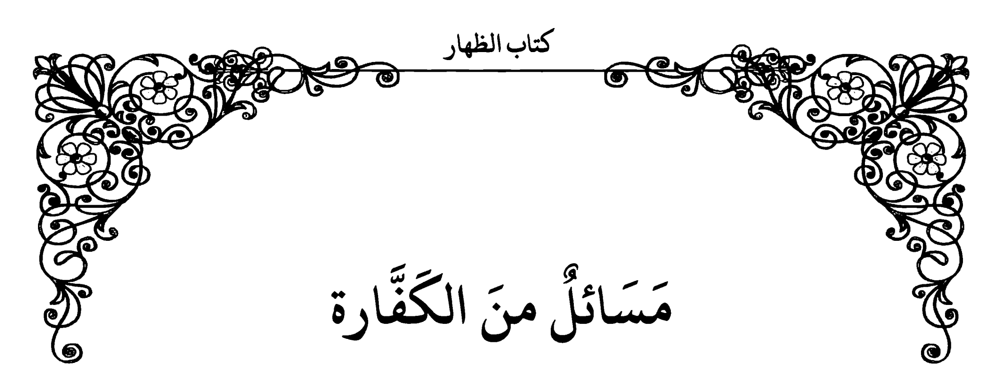
---

(١) في (ز): بالأمر الثاني.
(٢) في (ز): قلتموه.
(٣) في (ز): الإتيان بشهرين.
(٤) في (ز): قالوه.
(٥) في (ز): فكذلك في هذه المسألة أيضًا يتضمن الأمر بالأخلاء ضرورة.
(٦) في (ز): صاحب الشرع.

إلا ما نطقت الآية به وهو صيام شهرين قبل المسيس كأن الله تعالى حرّم وطء المظاهر عنها إلا بعد ما يوجد العتق أو صوم الشهرين، وصارت الكفارة إما مُنهيًا[(١)] للحرمة أو كاشفًا[(٢)] لها على ما سبق، وأما[(٣)] إخلاء الشهرين عن المسيس فلا يتناوله الأمر إنما[(٤)] هو اتفاق وقع، لأنه لا يتصور به[(٥)] إلا هكذا، وهذا لأن تقديم صوم شهرين على المسيس إنما وجب لمعنىً وهو ما قلناه أن لا يطأ حتى يكفِّر وفي هذا المعنى هذا الأمر الواحد كافٍ فلا يجوز إثبات أمرٍ آخر[(٦)] لا معنى له فيما قُصِدَ له الأمر، وهو مثل إيجاب صلاة العصر قبل غروب الشمس لا يُثبت الأمر بالإخلاء في هذا الأمر لأن المقصود من الأمر (المنطوق به)[(٧)] أن لا يؤخّر صلاة العصر عن غروب الشمس، وقد حصل به[(٨)] المقصود بالأمر المنطوق به، فلم يجز معه إثبات أمر آخر، وقيل: إن تقديم العصر على غروب الشمس وإن تضمّن إخلاء العصر عن المغرب[(٩)] فليس بمقصود بالأمر[(١٠)] لكنه اتفاق وَقَعَ والأمر واحد، كذلك في مسألتنا. والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب [٢٤٨/ب].

---

(١) في (ز): منهية.
(٢) في (ز): كاشفة.
(٣) في (ز): فأما.
(٤) في (ز): وإنما.
(٥) ليست في (ز).
(٦) ليست في (ز).
(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٨) ليست في (ز).
(٩) في (ز): الغروب.
(١٠) في (ز): الأمر.



مَسَائِلُ مِنَ الكَفَّارة

※ (مَسْأَلَة):

لا يجوز إعتاق الرقبة الكافرة عن كفارة الظهار وكفارة اليمين عندنا[1].

وعندهم: يجوز[2].

❖ **لنا:**

أن القياس دليل الله تعالى في الشرعيات وصفة الإيمان في كفارة القتل شرعُ الله تعالى فثبت في نظيرها بالوصف الجامع، وصفة الكفارة وصف جامع بين الرقبتين، فنقول: رقبة وجب إعتاقها في كفارة، فكانت واجبة بصفة الإيمان.

دليله: كفَارة القتل.

فإن قالوا: هذا مجرد شبه[3] فلا يكون حجة وطلبوا بيان التأثير.

قلنا: القياسُ رَدُّ فرع إلى أصل بوصفٍ جامعٍ (مفيدٍ للظن)[4]، وإذا كان

---

(١) الأم: ٥/٦٨٠، المهذب: ٤/٤٢٣، النكت: ورقة: ٢٣٤/ب، الروضة: ٨/٢٨١.

(٢) مختصر الطحاوي: ص ٢١٣، المبسوط: ٧/٢، البدائع: ٦/٢٩٢٧، رؤوس المسائل: ص ٤٢٧.

(٣) في (ز): تشبيه.

(٤) في (ز): مغلب على الظن.

كل واحد كفارة يفيد ظَنًّا باجتماعهما في صفة الإيمان ووجد[١] الظن بلا إشكال إلا أنه لا يكون في القوة مثل الظن عند بيان التأثير، وهذا لأن المشابهة داعية إلى المشابهة، وإذا[٢] اشتبهت الصورتان كفارةً اشتبهتا حكمًا.

وعلى هذا نقول في قياس الظهار على الظهار وقياس القصاص على القصاص والزكاة على الزكاة أعني العُشر وما أشبه ذلك ثم نقول في إظهار التأثير: إن الكفارة ضمان جناية على حق الله، ولهذا تمحض حقًا له[٣] وضمان حق الله تعالى يكون بقضاء حق الله وقضاء حق الله تعالى على العباد و[٤] العبادة، وقد دل عليه قوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾[٥] وهو نص في خبر معاذ بن جبل المعروف فإنه ﷺ فسّر حق الله تعالى على العباد بالعبادة[٦] وطريق قضاء الله بالعبادة هو التحرير، لأن العبد ممنوع عن كثير من العبادة لحق سيده، مثل الجمعة، والحج، والجهاد، وكذلك لا تجب حقوق المال عليه لعدم المال، فإن الله تعالى بلطيف حكمته أوجب تحرير رقبة في هذه الصورة، لأن العتق فك الرقبة (من مانع)[٧] الرق، وقد قلنا إن الرق مانع عن قضاء حق[٨] الله، وإذا زال المانع وصل إلى قضاء (حق الله)[٩]،

---

(١) في (ز): ووجود.
(٢) في (ز): فإذا.
(٣) في (ز): لله.
(٤) في (ز): هو.
(٥) سورة الذاريات، آية: ٥٦.
(٦) يشير إلى مضاف.
(٧) في (ز): عن موانع.
(٨) زيادة من (ز).
(٩) في (ز): حقه.

وعند الوصول إلى قضاء حقه يكون حصول قضاء حقه فيقوم الحاصل من قضاء حقه بهذا الطريق مقام ما فات من حقه بالجناية على حقه، هذا هو غاية الإمكان في معرفة حقيقة الضمان الواجب لحق الله تعالى.

فإذا[١] عُرف هذا الأصل فنقول: إنما قيّد الشارع[٢] الرقبة بالإيمان في كفارة القتل؛ لأن مع الإيمان يسهل الوصول إلى قضاء حقه فيوجد قضاء حقه، فأما مع الكفر فلا؛ لأن الكافر ليس من أهل قضاء حقوق[٣] الله بالعبادة، ألا ترى أن غاية ما يصح وجوده منه هو الإيمان، وإذا وُجِدَ الإيمان لم يكن كافرًا وهذا الذي قلناه موجود في كل كفارة واجبة فتقيّدت الرقبة في الكل بالإيمان لاشتراك[٤] الموجود اسمًا وحقيقة، وقد ذكر الأصحاب أن المعنى في تقييد الرقبة بالإيمان هو: أن الكافر خبيث والكفارة إنفاق، والإنفاق في حق الخبث حرام، وليس هذا بشيء؛ لأن الكفارة إن كانت إنفاقًا فهو بالرق الذي يملكه، وليس في الرق خبث إنما الخبث في اعتقاده.

ومن أصحابنا مَنْ قال: إن الكفارة صرفٌ واجبٌ إلى شخصٍ فلا يجوز إلا إلى المؤمن كالزكاة، وهذا ضعيف أيضًا لأن العتق ليس إلا إتلاف الرق وإسقاطه، وليس في إتلاف الرق صرف الشيء إلى أحدٍ، والساقط يتلاشي فكيف ينصرف إليه؟ وهذا الاعتراض وإن كان قويًا، ولكن الكلام الذي قاله الأصحاب في هذا الفصل أمثل من الأول؛ لأن الإعتاق[٥] إنعام على العبد

(١) في (ز): وإذا.
(٢) في (ز): الشرع.
(٣) في (ز): حق.
(٤) في (ز): للاشتراك.
(٥) في (ز): العتاق.

ولهذا سُمّي مَولى العتاق[١] مَولى النعمة وفي الإنعام على الشخص[٢] معنى صرف شيء إليه، والمخالف يقول أيضًا على هذا الفصل: أن عندي صرف الكفارة إلى الكفار يجوز[٣] إلا أن هذا ليس بشيء لأن عنده إنما يجوز إلى أهل الذّمة لا إلى أهل الحرب[٤]، ولو أعتق حربيًا عن كفارة اليمين يجوز عندهم[٥].

وقال بعض أصحابنا: إن الرق في الكافر ناقص لقيام سببه، وهو الكفر، فلا يكمل تحرير رقبته وهذا ليس بشيء؛ لأن غيره من الكفار أحرار على الكمال فلا إشكال، إنما يسترق بسببه، فبالإعتاق يصير حرًا على الكمال، والاعتماد على ما سبق.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

تعلقوا [٢٤٩/أ] بظاهر قوله تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ﴾[٦] وقد حرَّر رقبة فخرج عن عهدة الأمر، وتحريرهم: حرر رقبة بقدر ما لزمه بالنص فوجب أن يجزئ عن كفارته.

دليله: إذا أعتق مؤمنة قالوا: وحملُ المطلق على المقيد بظاهر الخطاب باطل في أحد الحادثتين لأن تقييد الخطاب بشيء في موضعٍ لا يوجب (تقييد

---

(١) في (ز): الإعتاق.

(٢) في (ز): شخص.

(٣) عند الحنفية. ينظر: بدائع الصنائع: ٢٩١٤/٦.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع: ٢٩١٤/٦.

(٥) ينظر: المبسوط: ٢/٧.

(٦) سورة النساء، آية: ٩٢، والمجادلة، آية: ٣.

مثله)[1] في موضع آخر، كما أن تخصيص العموم في موضع لا يوجب تخصيص العموم في موضع آخر، ولأنه لو وجب حملُ المطلق على المقيد بظاهر الخطاب لم يكن ذلك أولى من حمل المقيد على المطلق بظاهر الورود، وهذا لأن التقييد له حكم والإطلاق له حكم وحمل أحدهما على صاحبه مثل حمل صاحبه عليه؛ لأن كل واحد منهما ترك الخطاب[2] من تقييدٍ أو إطلاقٍ هذا في الحادثتين، ومسألتنا من باب الحادثتين لأن القتل والظهار حادثتان مختلفتان قطعًا ولهم في الحادثة الواحدة خلاف ثم[3] قالوا: (التقييد في)[4] الرقبة بالإيمان في كفارة القتل ليس إلا بالنص وقياس كفارة الظهار واليمين عليه باطل؛ لأن من شرط صحة القياس أن لا يلاقي موضع النص وكفارة الظهار واليمين منصوص عليها بالرقبة المطلقة فَبَطَلَ قياسها[5] على كفارة القتل، وهذا لأن حقيقة المطلق أن لا يكون فيه تعرض تقييد[6] بصفةٍ مّا فإذا قيّدتم الرقبة بصفة الإيمان فقد زدتم على النص؛ لأن التقييد على المطلق زيادة قطعًا.

وربما عبّروا عن هذا فقالوا: هو نسخ؛ لأن تقييد المطلق تغيير[7] والتغيير نسخ، وهذا معنى قولهم: إن الزيادة على النص نسخ.

---

(١) في (ز): تقييده به.
(٢) في (ز): للخطاب.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): تقييد.
(٥) في (ز): قياسهما.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): تغييره.

قالوا: ودعوى العموم باطل؛ لأن العموم إنما يكون في الألفاظ فإذا لم يكن في اللفظ تعرض للصفة لم يستقم دعوى العموم بوجهٍ مّا؛ لأن الرقبة اسم للواحدة من الرقاب فلو ثبت العموم لكان في الأوصاف، وقد بيّنا وجه فساده وهذا لحقيقةٍ: وهو[١] أن الرقبة اسم الذات[٢] فحسب، وربما قالوا: الرقبة اسم (الأجزاء المجتمعة)[٣] على تركيبٍ مخصوصٍ حسيًّا مرقوق حكمًا ومن هذا قول الأعرابي حين ضرب يده[٤] على رقبته، وقال: **(والله لا أملك إلا رقبتي هذه)**[٥] والأعرابي وإن كان حرًا، فشرطنا الرق في مسألتنا لتستقيم رقبةً لمحل العتق وإذا كان كذلك فالإيمان والكفر ليس من الأجزاء المحسوسة في الرقبة فلا ينتظم اسم الرقبة، وإنما هو صفتان مكسوبتان[٦]، وربما يقولون صفتان راجعتان إلى الاعتقاد المحض، وإذا كان كذلك فيكون شرط صفة الإيمان زيادة على النص؛ لأن النص إذا تناول ما هو اسم الأجزاء المحسوسة ولم يكن الكفر والإيمان من الأجزاء المحسوسة فيكون إثباته زيادة وصفٍ[٧].

قالوا: وبهذا فارق السلامة من العيوب؛ لأن السلامة من العيوب بوجود الأجزاء المحسوسة والرقبة اسم يشتمل على الأجزاء المحسوسة ليكون شرط السلامة في الحقيقة تخصيصًا؛ لأنها إخراج بعض ما تضمنه اللفظ بخلاف

---

(١) في (ز): وهي.

(٢) في (ز): للذات.

(٣) في (ز): لأجزاء مجتمعة.

(٤) في (ز): بيده.

(٥) رواه البيهقي في سننه ٣٩٠/٧ من طريق سليمان بن يسار عن سلمه بن صخر.

(٦) في (ز): منسوبتان.

(٧) زيادة من (ز).

مسألتنا على ما سبق.

قالوا: وهذا في العيب الفاحش، فأما العيب اليسير فلا يعتبر[1] به؛ لأنا[2] لو اعتبرنا أدّى إلى أن لا تجزيء رقبة[3]؛ لأن الرقبة قلّ ما تخلو عن عيبٍ يسيرٍ.

وبعضهم قال: العيب الذي يفوّت منفعة الجنس يوجب هلاك الرقبة حكمًا على ما عرف فيكون التحرير للرقبة حاصلًا من وجهٍ غير حاصل من وجهٍ، فلهذا لم يجز، وهذا غير موجود في الكافر[4].

وقالوا في الخرساء والمجنونة: إن النقصان في العقل والنطق قد نُزِّل منزلة النقصان في الجزء بدليل الضمان فما يمنعُ به[5] فواتُ سائر الأجزاء يمنع به[6] فوات العقل، والنطق لما بيّنا[7] هذا معتمدهم، وقد منع بعضهم قياس كفارة الظهار على كفارة القتل؛ لأن فيه إثبات الكفارة بالقياس، أو[8] لأن فيه قياس ما خَفّ حكمه على ما يَغلُظُ حكمه في حكم هو علامة التغليظ.

❁ **الجواب:**

(عن كلماتهم)[9] أما تعلقهم بالآية، قلنا: نحن نقول بموجب الآية فإن

---

(١) في (ز): يعتد.
(٢) في (ز): فإنا.
(٣) في (ز): رقبةٍ ما.
(٤) في (ز): الكافرة.
(٥) في (ز): منه.
(٦) في (ز): منه.
(٧) في (ز): لما بينا من أنه نزل منزلة الأجزاء.
(٨) في (ز): و.
(٩) ليست في (ز).

الآية (ما تضمنت إلا إيجاب تحرير)[1] رقبة، وعندنا لا[2] يجب (بالآية إلا هذا القدر)[3]، فأما صفة الإيمان فليس له تعرض في الآية، بنفيٍ ولا بإثبات[4] فيتعرض[5] لها القياس؛ (لأن الأصل أن ما يتعرض له يتعرض له القياس)[6]، وهذا هو الجواب عن قولهم: إن القياس في موضع النص باطل؛ لأن هذا القياس في غير موضع النص فإنه مستعمل لإثبات[7] صفة الإيمان، والنص لم يتعرض له كما بيّنّاه.

أما قولهم: إن الآية أوجبت رقبة [٢٤٩/ب] مطلقة، وأنتم قيدتم بصفة الإيمان.

قلنا: ليس معنى الإطلاق والتقييد إلا أن الآية لم يوجب إلا رقبةً لم يذكر لها صفة أصلًا في الآية، والقياس أوجب صفة[8] الإيمان فيقيد المطلق على معنى أنه انضم صفة الإيمان الثابتة بالقياس إلى أصل الرقبة الواجبة بالكتاب.

وقولهم: إن التقييد نسخ، فليس كذلك بل هو ما ذكرنا[9] فحسب، ثم

---

(١) في (ز): إنما تضمنت الإيجاب لتحرير.

(٢) ليست في (ز).

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٤) في (ز): في فوات.

(٥) في (ز): فتعرض.

(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٧) في (ز): في فوات.

(٨) في (ز): اعتبار صفة.

(٩) في (ز): ذكرناه.

نذكر الكلام على وجه آخر يزول[1] الإشكال، وَيُظْهِرُ أن مَنْ قال: إن إثبات صفة الإيمان نسخ للآية فقد قال من غير رويّةٍ، وتفكرٍ[2] وما من كلمةٍ[3] إلا وفوقها كلمة[4]، وما من عالمٍ إلا وفوقه عالم[5]، ووجه بيان أن[6] ما ذكرناه ليس بنسخ؛ لأن النسخ تغيير لحكم الآية، وإثبات صفة الإيمان لم يتضمن تغيير الآية بوجهٍ مّا[7]، وذلك لأن الآية لم تتضمن إلا إيجاب أصل التحرير في الرقبة فحسب، وجواز الكافرة أو[8] المؤمنة إنما يكون لا، لأن الآية تعرض لها بتحرير، لكن لأن الرقبة لما وجبت بالآية ولم يقم دليل على إثبات الصفة فلابد أن تجزيء رقبة[9] الكافرة[10] والمؤمنة؛ لأنه قد أتى بالواجب الذي عليه، ولا نقول: إن الآية تضمنت الإجزاء لكونها رقبة بل ما تضمّنت إلا الإيجاب فحسب، والإجزاء بدون اعتبار زيادة كان لعدم قيام الدليل على الزيادة فلم يكن متضمنًا تغيير الآية بل تضمن إثبات حكم ثبت بالقياس إلى حكم ثبت بالآية من غير ثبوت تغيير أصلًا في مقتضى الآية، ومتضمّنها، وهذا مثل قولنا في ضم التغريب إلى الجلد، وقد ذكرناه في تلك المسألة في كتاب الحدود[11] وهذا جواب معتمد ولا نحتاج إلى دعوى العموم.

---

(١) في (ز): يزيل.
(٢) في (ز): وفكر.
(٣) في (ز): طاقة.
(٤) في (ز): طاقة.
(٥) في (ز): عليم.
(٦) زيادة من (ز).
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): و.
(٩) في (ز): الرقبة.
(١٠) في (ز): أو.
(١١) ينظر: ٢١٧/٤ من هذا الكتاب.

فإن[1] ادّعينا العموم على ما قاله الأصحاب فهو صحيح أيضًا لأن[2] الرقبة لا تنفك عن صفة الإيمان أو[3] الكفر كما لا تنفك عن صفة السلامة أو العيب والرقبة وإن كانت مُنَكّرة وهي تتضمن الواحد لكن من حيث الشخص، وأما من حيث الصفة فتضمن العموم على طريق المناولة[4] في الصفات على معنى أنها يجوز على أيّ صفة كان وهو مثل قولهم: «رأيتُ رجلًا»، (فإن فيه)[5] معنى العموم؛ لأن ما من رجل إلا ويجوز أنه رآه وإذا ثبت[6] هذا فنقول: إخراج الرقبة الكافرة محض تخصيص مثل إخراج الرقبة المعيبة.

وقولهم: إن العيوب وعدم العيوب نقصان وزيادة في الأجزاء، والكفر والإيمان ليس مما يعود إلى الأجزاء، فليس بشيء، لأنهما[7] وإن لم يعودا إلى الأجزاء لكن لمّا وُصفت الرقبة بهما ولم[8] يتصوّر انفكاك الرقبة عنهما صح دعوى العموم مثل قوله: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ﴾[9]، فإنه عام في الذكور والإناث، وإخراج الإناث تخصيصٌ إجماعًا وإن كان اسم المشرك[10] ليس

(١) في (ز): وإن.
(٢) في (ز): فإن.
(٣) في (ز): و.
(٤) في (ز): المناوبة.
(٥) في (ز): ففيه.
(٦) في (ز): تبين.
(٧) في (ز): فإنهما.
(٨) في (ز): ولا.
(٩) سورة التوبة، آية: ٥.
(١٠) في (ز): الشرك لمعنى.

له تعلّق بصفات الشخص في أصل الخِلْقَة، (والذكور والإناث من صفات)[1] الخلقة ولكن لما كان المشرك لا ينفك عن هذين الوصفين بحالٍ صح دعوى العموم في الآية، كذلك في مسألتنا، وأما مسألة المجنون والأخرس فلازم[2].

وقولهم: إنه ينزل منزلة الأجزاء فكذلك في مسألتنا وجب أن يكون كذلك.

وأما الذي قالوا[3]: إن إثبات الكفارة بالقياس لا يجوز.

قلنا: يجوز عندنا[4]، والمسألة في الأصول وعلى أن هذا ليس بإثبات أصل الكفارة إنما هو إثبات صفة[5] الكفارة، وقد استعملوا القياس في كفارة الفطر، وقاسوا الفطر بالأكل على الفطر بالوطء[6][7]، والله أعلم.

---

(١) في (ز): والذكورة والأنوثة من صفات أصل.

(٢) في (ز): فإلزام صحيح.

(٣) في (ز): قالوه من.

(٤) ينظر: قواطع الأدلة للمؤلف: ٨٩/٤.

(٥) في (ز): وصف.

(٦) في (ز): بالجماع.

(٧) ينظر: أصول السرخسي: ٢٤٤/١.

※ (مَسْأَلة):

لا يجوز إعتاق المكاتب عن كفارة الظهار عندنا وكذلك في جميع الكفارات[1] خلافًا له[2][3].

❖ لنا:

أن المكاتب خارج عن ملكه من وجه فلا يتأدى بعتقه الكفارة وهذا لأن الواجب إخراج جميعه عن ملكه عتقًا بهذه الجهة فإذا كان خرج عن ملكه من قبلُ من بعض الوجوه وبقي من بعض الوجوه فإذا أعتقه فلم يُخرج جميعَه عن ملكه بهذه الجهة فلم[4] يسقط عنه الواجب.

والحرف: أنه أخلّ بالواجب عليه فلم يسقط عنه الواجب عليه، ثم الدليل على أنه خارج عن ملكه من وجهٍ أنه مالك من وجهٍ بإجماع الفقهاء. ومعنى قولنا: «إنه مالك من وجه» أنه استحق أكسابه[5] ومنافعه، وصار أحق (بنفسه منه)[6]، وصار مثل الحر (في هذه الأشياء)[7] وإنما قلنا: إنه مثل الحر في هذه الأشياء لأنه ليس يتصرف بالنيابة عن السيد، وليس استحقاقه

---

(١) الأم: ٥/٢٨١، ٧/٦٦، المهذب: ٤/٤٢١، النكت: ورقة: ٢٣٥/أ، الروضة: ٨/٢٨٦.

(٢) في (ز): وعندهم يجوز.

(٣) الأسرار: ٢/٢٠٤/ب عارف حكمت، المبسوط: ٧/٥، ٨/١٤٤، البدائع: ٦/٢٩٢٢، رؤوس المسائل: ص ٤٢٨.

(٤) في (ز): فلا.

(٥) في (ز): اكتسابه.

(٦) في (ز): بالتصرف فيها.

(٧) في (ز): فيها.

ليكون المستحق السيد بل يتصرف بنفسه[1]، ويستحق ما يستحقه ليكون له.

يبينه: أن السيد لو أراد أن ينتزع الأكساب عن يده أو ينهاه عن [٢٥٠/أ] التصرفات[2] لا[3] يقدر عليه، فثبت[4] أنه مالك من وجه وإذا كان مالكًا من وجه خرج عن كونه مملوكًا من الوجه الذي صار به مالكًا؛ لأنه لا يتصور أن يكون الشخص الواحد مالكًا ومملوكًا، وإذا ثبت كونه مالكًا خرج عن كونه مملوكًا من هذا[5] الوجه.

وهذا الحرف مقطوع به، وهو في غاية الاعتماد، ويمكن أن يُستدل على هذا بأمّ الولد فيقال: لما لم يجز إعتاق أمّ الولد عن الكفارة؛ فلأن لا يجوز إعتاق المكاتب أولى وأحرى[6] لأن أمّ الولد استحق[7] الخروج في ثاني الحال، وهي في الحال ملكه من كل وجه، ومع ذلك لم يجز إعتاقها في الكفارة، فالمكاتَبُ الذي تحقق خروجه من[8] ملكه في الحال أولى أن لا يجوز. وقد تعلق الأصحاب في هذه المسألة بفصل استحقاق العتق، وزعموا أن المكاتب استحق عتقه بجهة الكتابة؛ لأن الكتابة عقد لازم على الرقبة وهو عقد استحقاق فتصير الرقبة مستحقةً، استحقاق الرقبة باستحقاق عتقها،

(١) في (ز): لنفسه.
(٢) في (ز): التصرف.
(٣) في (ز): لم.
(٤) في (ز): فدل ذلك على.
(٥) في (ز): ذلك.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): استحقت.
(٨) في (ز): عن.

ونعني باللزوم لزوم العقد في جانب السيد.

والحرف: أن الاستحقاق بالعقد اللازم لازم، والدليل على أن العقد وارد على الرقبة أنه يقول: «كاتبتُك»، أو يقول: «كاتبتُكِ على رقبتك»، أو «على نفسك»، ولأنه عند الفساد يجب قيمة الرقبة، دل[1] أن العقد عليها ولأن المقاصد في العقود معتبرة، ونحن نعلم أن قصد المكاتب استحقاق نفسه بالعتق، وإنما صار أحق بنفسه وأكسابه في الحال، ليكون ذلك ذريعة ووسيلة[2] إلى العتق المقصود، وإذا ثبت استحقاق العتق فعلى أيّ وجهٍ أعتق يكون على الجهة المستحقة فلم يجز عن الكفارة كما لو قبض المال ونوى العتق عن الكفارة. واستدلوا على أن العتق وقع بجهة الكتابة في مسألتنا بأنه يسلم له الأولاد والأكساب ولو لا أن العتق وقع بجهة الكتابة لم يتصور سلامة الأكساب والأولاد وهذه الطريقة وإن كانت حسنة لكن الاعتماد على الأول[3].

۞ وأمّا حجّتهم:

ذهبوا إلى ظاهر نص الكتاب وهو قوله: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[4] وفي مسألتنا قد حرّر رقبة؛ لأن المكاتَب لا شك أنه رقبة، وأما الدليل على وجود التحرير أنه قال: «أنت حر»، وقوله: «أنت حر» تحرير، قالوا: ولا يجوز أن يقال: إنه إبراء لأنه يتعلق بالحظر، ويصح في المجهول ويتعدّى من البعض إلى الكل

(١) في (ز): فدل.
(٢) في (ز): ووصلة.
(٣) في (ز): الأولى.
(٤) سورة النساء، آية: ٩٢، والمجادلة، آية: ٣.

فلو كان إبراءً لم يتصور شيء من هذا.

قالوا: ولا يجوز الاعتذار عن هذه الأحكام بلفظ التحرير؛ لأن اللفظ وإن كان تجوزًا لكن[1] عندكم هو كناية عن الإبراء وجب أن تثبت له أحكام الإبراء لأنه إذا كان كناية عن الإبراء سقط اعتبار صورة التحرير، وصار المعتبر ما جُعل كناية عنه.

قالوا: وليس هذا كما لو قال: «اعتق عبدك عني على ألف» حيث يصح تعليقه بالشرط إلا أن العتق ليس بكناية عن البيع، بل هو في نفسه صحيح لكن يدرج فيه البيع لتصحيحه ولما صح طلب العتق بحقيقته صح تعليقه بالشرط وفي مسألتنا الإعتاق عندكم غير صحيحٍ بحقيقته بل صح بمجازه وهو الإبراء، فكان ينبغي أن لا يصح تعليقه بالشرط[2]، وحين صح دل أنه إعتاق حقيقة، ومنعوا في عتق الوارث هذا الفصل.

وقالوا: لا يصح تعليقه بالشرط، وإذا ثبت وجود التحرير خرج عن عهدة الأمر بإعتاقه.

ثم المعتمد لهم: أن المكاتب عبد مملوك من جميع الوجوه لأن العتق معلّق بالشرط فلا ينزل شيء منه قبل وجود الشرط وقد دل على هذا قوله عليه السلام: **(المكاتب عبد ما بقي عليه درهم)**[3] ولأنه لو خرج من ملكه بوجهٍ مّا لكان خروجه إلى الحرية لأن الجهة جهة الإخراج إلى الحرية ولو خرج إلى

(١) في (ز): لكنه.

(٢) زيادة من (ز).

(٣) سبق تخريجه في ٢/٢٣٤ من هذا الكتاب.

الحرية بوجهٍ مّا لم يتصوّر عوده إلى ما كان وردّه إلى الرق إلا بسببٍ جديدٍ كما لو خرج جميعه إلى الحرّية.

قالوا: وقولكم: إنه صار مالكًا من وجهٍ، ليس كذلك، بل الموجود هو فَكّ الحجر عن اليد والمنافع، فأما[١] الرق والملك في الذات على[٢] ما كان من قبل لم ينتقص بوجهٍ مّا[٣]. وربما يقولون هو حرٌ يدًا رقيقٌ ذاتًا والعتق يلاقي الذات ولا يلاقي اليد فإذا بقي الرق في الذات على ما كان العتق فيه مثل العتق في غيره.

قالوا: ولهذا نقول إذا جنى السيد على طرفه أو كانت جارية فوطئها يغرم العُقر والأرش؛ لأن العُقر والأرش من كسبه، وقد استحق أكسابه.

قالوا[٤]: ولهذا نقول: إذا قال: «مماليكه إحرار» لا يعتق المكاتَب لأنه لما كان حرًا يدًا رقيقًا ذاتًالم يكن مملوكًا على الإطلاق، وربما يقولون [٢٥٠/ب] لم يكن مضافًا إليه على الإطلاق فلا يدخل في لفظ العموم، إلا أنه لمّا كان رقيقًا ذاتًا من كل وجهٍ صح إعتاقه وصحت (نية عتقه)[٥] عن الكفارة ولم يُعتبر[٦] كونه مثل الحر في اليد والأكساب، لما سبق من قبل أن[٧] العتق لا يلاقيه، وإنما يلاقي الذات.

---

(١) في (ز): وأما.
(٢) في (ز): فعلى.
(٣) ليست في (ز).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): نيته.
(٦) في (ز): يضر.
(٧) في (ز): لأن.

قالوا: وأمّا دعواكم أن العتق مستحق، ليس كذلك؛ لأنه لو كان مستحقًا لثبت حق العتق في الحال، ولو ثبت لم يجز رده إلى الرق، ولأن الحق يلحق بالحقيقة فكما أن حقيقة العتق إذا ثبت لا يجوز ردّه إلى الرق إلا بسبب جديد كذلك الحكم في حق العتق وحين جاز ردّه إلى الرق دل أن العتق غير مستحق، وفارق المكاتَبُ أمَّ الولد بهذا المعنى.

وقد منع بعضهم ورود الكتابة على الرقبة إنما ورد على فك الحجر عن اليد والأكساب ثم إذا ثبت هذا الحق كان العتق بأحد المعنيين، أما لتعلقه بالشرط أو لينقلب الحق حقيقة لأنه لا فائدة من هذا الحق في هذا الموضع إذا لم ينقلب حقيقة.

يبينه: أن حق السيد في العوض لما كان حقيقة وجب أن ينقلب حق المكاتب حقيقة أيضًا ليحصل التساوي من الجانبين، وقد تكلموا على فصل الأكساب والأولاد بفصلين: أحدهما: أن استحقاق الأكساب والأولاد؛ لم يكن لأنه عتق بجهة الكتابة لكن لأنه عتق وهو مكاتَب وهذا القدر يكفي مثل ما لو استولد المكاتبة أو كَاتَبَ أمَّ الولد ثم مات عتقت وَسُلّم لها الأكساب والأولاد لأنها عتقت بجهة الكتابة لكن لأنها عتقت وهي مكاتبة ثم قالوا: العتق في حق السيد واقع لا[1] بجهة الكفارة وفي حق المكاتَب بجهة الكتابة، وإنما قلنا ذلك لأن الرقبة مملوكة للسيد فيملك إعتاقها بأيّ جهة[2] أراد إلا أن المكاتَب لما استحق الأكساب والأولاد بعقد لازم لم يجز إبطاله عليه، (واستحق المكاتب)[3] هو العتاق فَسُلّم له الأكساب والأولاد، والموجود

---

(١) زيادة من (ز).

(٢) في (ز): وجهٍ.

(٣) في (ز): والمستحق للمكاتب، وهو أوضح عبارة.

من السيد هو الإعتاق وذلك غير مستحق عليه فجعل إعتاقه لا بجهة الكتابة ليظهر تسلطه على محل ملكه على ما يريد وعتاقه بجهة الكتابة ليظهر استحقاقه لنفسه يدًا وأكسابه وأولاده.

وحرفهم: أن تصرفه على جهة إرادته صحيح إلا فيما يبطل حقه.

❁ **الجواب:**

أما تعلقهم بالآية فقد قال بعض أصحابنا: أن التحرير كناية عن الإبراء، ولهذا المعنى أوجب إعتاق[1] براءة ذمته عن العوض كما لو سلم البايعُ المبيعَ إلى المشتري، والأولى أن لا ننازعهم في هذا لكن نقول: وإن وُجد إعتاق رقبةٍ لكن المراد بالآية رقبة مملوكة، والرقبة المملوكة هي المملوكة على الإطلاق، وقد ذكرنا أن المكاتب ليس مملوكًا على الإطلاق، ويدل عليه المسألة التي سَلّموها وهي: (أن يقول)[2]: «مماليكه أحرار» لم يعتق المكاتب والمسألة مشكلة عليهم جدًا ولا يجوز إحالة المنع من الدخول في عموم اللفظ على فوات اليد فإنهم قالوا: يدخل في هذا اللفظ العبدُ المشترَى قبل قبضه والمرهون وإن كانت اليد مُلكًا لغيره وفصل الإضافة هو هذا بعينه وقد ألزمهم الأصحاب مسألة على أصولهم وهي: أنه لو أوصى لإنسان بثلث ماله، وله مكاتَب ينظر في الثلث والثلثين إلى بدل الكتابة لا إلى قيمة المكاتب[3]، فدل أنه جُعل خارجًا عن ملكه في الشرع حتى ينظر إلى البدل ولم ينظر إلى قيمته، وهم يقولون: عندنا الأمر موقوف أن عجز وردّ إلى الرق يعتبر قيمة

(١) في (ز): اعتاقه.
(٢) في (ز): أنه لو قال.
(٣) في (ز): الرقبة.

المكاتب، وإن (لم يعجز وعتق فالعبرة ببدل)[1] الكتابة، والإلزام قائم عند التأمل، وفيما ذكرناه من إثبات مالكيته كفاية. وأما منعهم ثبوت المالكية للمكاتب فمحال لأنا فسّرنا المالكية بوجهٍ ما[2] لَا مَنع فيه.

وقولهم: إنه مالك يدًا.

قلنا: الملك يدًا لا يتصور لمن لا يصح الملك له عينًا؛ لأن اليد إنما تكون في عين فَمَنْ لا يتصوّر له الملك عينًا لا يتصوّر له الملك يدًا، وهذا لأن ملك اليد في العين ثابت للمكاتَب وهو تبع لملك العين فثبت له الملك في العين (من وجهٍ)[3].

فإن قالوا: ليس من ضرورة ملك اليد ملك العين.

قلنا: في مسألتنا ضرورة؛ لأنه عقَدَ عقد الكتابة لملك العين ألا ترى أنه إذا عتق مَلَكَ العين وإذا ثبت ملكُ من وجهٍ فهو ملك العين.

فإن قالوا: أثبتنا ملك اليد ضرورة[4] وهو أنه لا يتوصل إلى أداء البدل إلا به.

قلنا: ونحن أثبتنا مالكية العين من وجهٍ لضرورة؛ لأنه إذا لم يثبت يكون للسيد فيكون له حق الانتزاع عن يده، ومنعه من التصرفات، وبمجرد إثبات [٢٥١/أ] اليد لا يحصل هذا المقصود بدليل العبد المأذون، وإذا ثبت مالكيته

---

(١) في (ز): أدى فعتق تعيّن بدل.

(٢) ليست في (ز).

(٣) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٤) في (ز): لضرورة.

زالت مملوكيته على ما سبق.

وأما قولهم: إن العتق معلق بالشرط.

قلنا: إنما ندّعي ثبوت ما يقوم عليه الدليل، وإنما قام الدليل على ما ذكرنا[١]، وهذا لأنه مكاتَب وليس بِحُرٍّ فلما أنه ليس بِحُرٍّ لم يثبت شيء من العتق، ولما[٢] أنه مكاتَب كان مملوكًا له من وجه[٣].

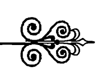
فإن قالوا: هل تقولون إنه رقيق من كل وجه؟.

قلنا: لا[٤] نقول، و[٥] الجملة إن القِنَّ مملوك من كل وجه والحُرّ غير مملوك من كل وجه، والرقيق المكاتَب مملوك من وجهٍ دون وجهٍ، ويمكن أن يقال على فصل اليد الذي قالوه: إنكم إذا[٦] سلمتم أنه غير مملوكٍ يدًا فصارت اليد زائلة عن ملكه والحرية يدًا فوق زوال المنفعة فإذا كان فوات منفعة الجنس[٧] يمنع العتق عن الكفارة ففوات اليد إلى الحرّية يدًا[٨]؛ لأَن يمنع عن الكفارة أولى وفي الكلام الأول كفاية.

وأما تعلقهم أن عقد الكتابة يحتمل الفسخ.

---

(١) في (ز): ذكرناه.
(٢) في (ز): ولما قلنا.
(٣) في (ز): من وجهٍ دون وجه.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): في.
(٦) في (ز): لما.
(٧) في (ز): الحبس.
(٨) ليست في (ز).

قلنا: نحن لم ندّع ثبوت شيءٍ من العتق حتى يلزم هذا، وإنما ادّعينا زوال الملك من وجهٍ من غير أن يزول شيءٍ من العتق، وقلنا بذلك لأنا وجدنا الدليل يدل عليه وهذا كما تثبت المالكية من وجهٍ من غير ثبوت شيءٍ من العتق، فتزول المالكية من وجهٍ من غير ثبوت شيءٍ من العتق، وإذا جاز ثبوت المالكية واحتمال الفسخ جاز الخروج عن المملوكية من هذا الوجه، (واحتمال الفسخ)[1] وعلى أن احتمال الفسخ وعدم احتمال الفسخ إنما يدور على السبب فإذا كان السبب عقدًا ينقض فموجبه أيضًا يرفع ويفسخ ويعود إلى ما كان، وإذا كان السبب فعلًا لا يتصور فيه النقض فموجبه أيضًا لا يحتمل الرفع، وأما فصل الأكساب والأولاد على ما تعلق به الأصحاب صحيح أيضًا، والمسألتان اللتان أوردوهما لا نسلّم جواز الكتابة في أمّ الولد، وأما إذا استولد المكاتبة فنقول: العتق بالاستيلاد تعجيل المستحق مثل ما يعتقه بسبب آخر من تعليق بشرطٍ أو غيره والذي قالوا[2]: إن في حق المولى يكون كذا وفي حق المكاتَب يكون كذا، دعوى لا دليل عليه، وإذا كان عتقًا بجهة الكتابة في حق المكاتَب فكذلك في حق السيد قطعًا؛ لأن هذا العتاق هو ذلك الإعتاق ولا يمكن التفريق والتفصيل بوجهٍ مّا[3]، والله أعلم بالصواب.

---

(١) في (ز): الاحتمال.

(٢) في (ز): قالوه.

(٣) ليست في (ز).

❋ (مَسْأَلَة):

إذا اشترى أباه (أو ابنه)[1] بنية الكفارة لم يُجزِ[2] عن الكفارة عندنا[3] خلافًا له[4][5].

❁ لنا:

أن المشتري ليس بمعتِق إنما هو مُعتَق عليه، فلم يجز العتق عن كفارته[6] كما لو وَرِثَ أباه ونوى عند الإرث[7] عتقه عن الكفارة، وهذا لأن الواجب إعتاقه فإذا لم يوجد لم يجز، وإنما قلنا: «ليس بمعتِق» لأن العتق حاصل بقرابة الأبوة لقوله ﷺ: (لن يجزي ولدٌ والدَه إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه)[8]، فقد جعل العتق جزاء الأبوة، وجزاء الأبوة معلول بعلة الأبوة كجزاء السرقة بعلة السرقة، وجزاء الزنا بعلة الزنا، كذلك هاهنا، ولأن الأبوة معنى مخيل[9] في منافاة الاسترقاق فإن (الاسترقاق استذلال)[10]،

(١) زيادة من (ز).
(٢) في (ز): يجزه.
(٣) الأم: ٢٨١/٥، المهذب: ٤٢٨/٤، النكت: ورقة ٢٣٥/ب، الروضة: ٢٨٧/٨.
(٤) في (ز): وعندهم يجزي عن الكفارة.
(٥) الأسرار: ٢٠٧/٢/أ عارف حكمت، بدائع الصنائع: ٢٩٠٥/٦)، الهداية مع فتح القدير: ٢٦٣/٤، رؤوس المسائل: ص٤٢٩.
(٦) في (ز): الكفارة.
(٧) في (ز): إرثه.
(٨) رواه مسلم في صحيحه: ١٥٢/١٠ مع النووي، كتاب العتق، باب فضل عتق الوالد بلفظ «لا يجزي ولدٌ والدًا إلا أن يجده...».
(٩) في (ز): مناسب.
(١٠) في (ز): الإرقاف إذلال.

والأبوة منافية للاستذلال.

يبينه: إن الله تعالى حرّم التأفيف فإذا حُرّم التأفيف (والأذى به)[1] فلأن يحرم الأذى بالاسترقاق أولى، ونعني «بالاسترقاق» استدامة الملك، فإن المستديم للملك مسترق في المعنى، وهو الاسترقاق في الزمان المستقبل باستدمة الملك والأبوة منافية لهذا على ما سبق بيانه، وللأب مع تحريم الأذى بالاسترقاق صلة واجبة، وفي العتق صلة فيعتق قطعًا لملكه عنه، وإيصالًا للصلة إليه فدل أن الأبوة معنى مخيل في العتق إلا أنه لا يجب الشراء في الابتداء لأن هذه صلة وجبت في ضمن قطع الملك لما لم يوجد الملك لم يتصور قطعه وجوبًا، ألا ترى أن قطع الملك في العبد المسلم إنما يجب على الكافر بعد ملكه فصار العتق معلولًا بعلة القرابة مشروطًا بشرط الملك فإذا اشترى فقد وجد الشرط فعملت العلة عملها، وهذا مثل اليمين في الطلاق فإنه إذا وُجد الشرط عملت[2] اليمين عملَها[3]، ويكون مطلقًا باليمين لا بالشرط، كذلك هاهنا يكون العتق بالقرابة لا بالشراء، والعتق بالقرابة عتق بالشرع، والعتق شرعًا لا تتأدّى به الكفارة كما لو (ورث أباه)[4]، (وإذا ثبت ما قلناه في الأب فالابن يُلحق به إجماعًا)[5].

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: [٢٥١/ب] مُعتِق بالشراء، وقد نوى نية الكفارة فأجزأ عن الكفارة

(١) في (ز): وإذا حرم الأذى بهذا القدر.
(٢) في (ز): عمل.
(٣) في (ز): عمله.
(٤) في (ز): ورثه.
(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).

والدليل على أنه مُعتِق بالشراء نص النبي ﷺ في قوله: (ويشتريه فيعتقه) أي يعتقه[1] بالشراء مثل قولهم: أطعمه فأشبعه، وسقاه فأرواه، وضربه فأوجعه، يعني أُشبع بالطعام وأُروى بالسقي وأُوجعَ بالضرب، كذلك هاهنا.

يبينه: إنه سماه مجازيًا فلا يكون مجازًا[2] إلا وأن يكون[3] معتِقًا.

قالوا: والدليل عليه وجوب الضمان عليه وذلك فيما لو اشترى نصف قريبه من إنسانٍ يعتق عليه، ويضمن[4] نصيب شريكه وهذا ضمان إعتاق[5] وضمان الإعتاق لا يجب إلا بالإعتاق[6]، وهذا فصل معتمد.

قالوا: فإن قلتم كيف يصير بالشراء مُعتِقًا والشراء تملك؟. قالوا[7]: يصير مُعتِقًا بالشراء بواسطة الملك مثل ما يصير جارحًا بالرمي بواسطة النفوذ.

وحرفهم: إنه لابد من إثبات إعتاقٍ من قِبَلِه ليحصل مجازيًا ويستقيم إيجاب الضمان عليه في المسألة التي قلناها، ولا يتصور أن يجعل مُعتِقًا بالقرابة دل أنه مُعتِق[8] بالشراء.

قالوا: وأما قولكم: القرابة معنى مخيل في إيجاب العتق (فكما أنها

---

(١) في (ز): فيعتقه.
(٢) في (ز): مجازيًا.
(٣) في (ز): يجعله.
(٤) في (ز): فإنه يضمن.
(٥) في (ز): الإعتاق.
(٦) في (ز): بإعتاق.
(٧) في (ز): يقال.
(٨) في (ز): يعتق.

مخيلة)[١] فالملك أيضًا مخيل في إيجاب العتق، لأن العتق صلة والملكُ سببٌ مؤثرٌ في إيجاب الصلة بدليل الزكاة وبدليل نفقة المملوك على السيد فإنهما واجبتا صلة، وإذا كان كل واحد منهما مخيلًا فنحيل بالعتق على آخرهما وجودًا وآخرهما وجودًا هذا الملك فأحلنا عليه.

واستدلوا بمسألة السفينة المملوءة إذا ألقى فيها إنسانٌ عدلًا فَغَرِقَتْ وجب الضمان عليه وأُحيل بغرق السفينة على آخر العِدل وجودًا، وكذلك إذا تزوّج بامرأة ثم تزوّج بأختها بطل نكاح الثانية دون الأولى، ومعلوم أن الجمع حصل بهما، ومع ذلك يُحال على آخرهما وجودًا وهي الأخت الثانية، وكذلك إذا شهد شاهدان بنكاح امرأة، ثم مات الزوج وورثت المرأة ثم رجع الشاهدان لم يجب الضمان عليهما، وأُحيل بالإرث على الموت؛ لأنه آخر السببين وجودًا، وبمثله لو شهد شاهدان بالنكاح بعد موت الزوج ثم رجعا ضَمِنا قدر ما ورثته المرأة لسائر الورثة؛ لأن النكاح كان آخر السببين وجودًا فأُحيل عليه، والمعنيُّ بالسببين في هذه المسألة النكاح والموت، والمعنيُّ بالسببين في مسألتنا هو القرابة والشراء.

قالوا: وليس يدخل على ما قلنا[٢] مسألة اليمين بالعتق؛ لأن دخول الدار وغيره من الشروط ليس بمعنى مؤثر في إيجاب العتق فأُحيل بالعتق على اليمين السابق[٣] لا على الدخول، ونظائره، فلا جَرَمَ لو قَرَنَ نية الكفارة بعقد اليمين يصح وفي مسألتنا الملك معنى مؤثر في إفادة العتق لما بينا أنه صلة

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): قلناه.
(٣) في (ز): السابقة.

ويصلح الملك سببًا موجبًا للصلة فصار العتق حاصلًا بعلة الملك فإذا قَرَنَ به نية الكفارة خرج عن عهدة الواجب.

قالوا: وليس كما لو استولد جاريةً بالنكاح ثم قال لها: «إن اشتريتُكِ فأنتِ حرة عن كفارتي» واشتراها حيث لا تعتق عن الكفارة؛ لأن المانع في هذه المسألة هو أن العتق صادف أمّ ولده وعتق أمّ الولد عن الكفارة، لا يجوز لأجل استحقاقها العتق بالاستيلاد والعتق المستحق بسبب لا تتأدى به الكفارة، وإنما قلنا العتق صادف أمّ الولد في مسألة الإلزام؛ لأن من استولد جاريةً بالنكاح ثم اشتراها صارت أمّ ولد له عندنا فقد لاقاها العتق وهي أمّ ولده.

قالوا: ولا يجوز أن يقال أن العتق في مسألتنا مستحق بالقرابة؛ لأنه لو كان مستحقًا وجب شراء القريب، فإن الاستحقاق يظهر بهذا، وحين لم يجب علمنا أنه غير مُستحقٍ، وعلى أن الاستحقاق إنما يظهر بعد الملك الموجب للعتق، واستحقاق العتق بعلة العتق[1] لا يمنع انصرافه إلى الكفارة إذا وُجدت نية التكفير، كما لو قال لمملوكه: «أنت حر» ونوى به[2] الكفارة.

۞ الجواب:

أما دعوى الإعتاق بالشراء فبعيد[3]؛ لأنه ليس بدليل على العتق لا بصورته ولا بمعناه والعتق لا يثبت إلا بما يدل على العتق ولأن الشراء مشروع

---

(١) في (ز): الملك.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): فبعيد جدًا.




للتمليك[١] والعتق مزيل للملك والمثبت للملك كيف يكون مزيلًا للملك؟، وأما الخبر فقد جعلناه دليلًا عليهم، وأما نسبة الإعتاق إليه[٢] فهو على طريق[٣] المجاز، وهذا لأن الملك كما كان شرط العتق على ما سبق، وقد باشر شرط العتق، فيجوز أن يُنسب إليه على طريق المجاز. فإن[٤] قالوا: [٢٥٢/أ] فهل تنسبون العتق إلى مَنْ باشر شرط العتق في كل موضع وذلك إذا كان معلقًا بدخول زيد الدار فدخل[٥]؟ قلنا: في مسألتنا وَرَدَ نص في نسبة العتق إلى المشتري ولم يكن بطريق الحقيقة فأثبتنا[٦] بوجه المجاز، والمجاز الثابت في محل لضرورةِ[٧] نصٌ لا يجب طرده في كل المحال، وعلى أن حافر البئر سُمّي قاتِلًا على طريق المجاز، وإذا كان بحفر البئر لم يوجد إلا شرط الهلاك لأن الوقوع في البئر بفعله، وإنما عمق المكان شرط وكذلك في قطع حبل القنديل.

وقد ذكر أبو زيد هذا في الأسرار[٨] وجعل هذين السببين شرطًا ولم يجعلهما علة ومع ذلك يجوز أن ينسب إليه[٩] كذلك في مسألتنا وعلى هذا خرج الجواب عن فصل الضمان لأنا بيّنا أن الملك شرط وقد باشر هذا[١٠]

---

(١) في (ز): الملك.
(٢) في (ز): إليهم.
(٣) في (ز): سبيل.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): قد دخل.
(٦) في (ز): فأثبتناه.
(٧) في (ز): الضرورة.
(٨) ينظر: الأسرار: ٢/٢٠٧/ب عارف حكمت.
(٩) زيادة من (ز).
(١٠) ليست في (ز).

الشرط بالشراء ويجوز وجوب الضمان على مباشر الشرط بدليل المسألتين اللتين سبق بيانهما وعلى أصلنا هذا صحيح فإن عندنا[1] يجب الضمان على شاهدي الإحصان إذا رجعا، والإحصان شرط، وكذلك على المزكّين إذا رجعوا[2]، وقد وافق أبو حنيفة رحمه الله عليه في مسألة رجوع المزكّيين[3].

وأما قولهم: إن الملك علة العتق، فكلام باطل لأن العتق تصرف مستفاد بالملك وما يستفاد بالملك من التصرفات يجوز أن يعلل بالملك تحصيلاً فأما العتق[4] لا يجوز أن يعلل بالملك حصولاً مثل سائر التصرفات المستفادة بالملك، وأما الصلة التي اعتمدوا عليها فلا يصح أيضًا؛ لأن الملك لا يوجب الصلة بكل الملك وعلى إنا لا نقول إن الزكاة صلة الملك ولا نفقة المملوك صِلَة الملك إنما الزكاة عبادة وجبت ابتداء في المال مثل الصلاة والصوم وجبتا ابتداءً (على البدن)[5]، ولئن كانت صِلَة فهي صلة الإسلام وأما نفقة المملوك إنما يجب إذا[6] شَغَلَه بعمله لأن المحبوس على العمل يجب كفايته على تحصيل العمل له لدفع الهلاك مثل العُمال الذين أُحبسوا[7] على أعمال

---

(١) عند الشافعية. ينظر: المهذب: ٥/٦٦٣، وفيه ثلاثة أوجه: والراجح عند الشافعية عدم الضمان، قال النووي في المنهاج: «وإن شهود إحصان... لا يغرمون شيئًا». المنهاج مع المغني: ٤/٤٦٠.

(٢) ينظر: المهذب: ٥/٦٦٥، المنهاج: ٤/٤٥٧ ـ ٤٦٠.

(٣) ينظر: مختصر القدورى ٢/٣٠٨ مع الجوهرة.

(٤) زيادة من (ز).

(٥) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٦) في (ز): لأنه.

(٧) في (ز): حبسوا.

الشرع يجب كفايتهم على بيت المال، فأما[1] إذا خُلِّى بينه وبين التكسّب[2] لا يجب عليه نفقته ولو كانت صلة وجبت بكل حالٍ وإذا ثبت أن الملك لا يوجب العتق دل أن العتق وجب بسبب القرابة وإنما الملك شرط محض فصار الموجود عقيب الشراء هو التحرير دون الملك[3]، وإذا لم يوجد التحرير بقيت الكفارة في ذمته.

وأما الذي قالوه بعد (هذا إن)[4] الحكم محال[5] على آخر السببين وجودًا فهو بناء على أن الملك علة تامة صالحة لإيجاب العتق وقد بيّنا فساده[6]، ثم نقول وهو الحرف الذي يشكل[7] الخروج عنه في هذه المسألة: أن العتق في مسألتنا لابد أنه وقع قضاءاً لحق القرابة فإنا إذا رفعنا هذا المعنى لم يتصور العتق كما لو اشترى عبدًا آخر، وإذا وقع قضاء حق القرابة فيكون القرابة هي الموجب[8] لهذا الحق لا الملك، ولأنه إذا قضى به حق القرابة لم يجز أن يُقضَى به حق[9] آخر، لأن المشغول بحقٍ لا يجوز أن يشغل بحقٍ آخر، وعلى هذا الطريقة لا بأس أن نسلّم لهم، وجود الإعتاق منه إلا أنه إعتاق حصل به حق غير الكفارة فلا يُقَضى به الكفارة. فإن قالوا: يقضي به

---

(١) في (ز): ولهذا.
(٢) في (ز): الكسب.
(٣) في (ز): التحرير.
(٤) في (ز): ذلك من أن.
(٥) في (ز): محال به.
(٦) زيادة من (ز).
(٧) في (ز): يشكل عليهم.
(٨) في (ز): الموجبة.
(٩) في (ز): حقًا.

كلا الحقين، فهو بعيد جدًا؛ لأن العتق واحد والذي يقضي به حق الكفارة هو الذي قضى به حق القرابة، ولئن جاز مثل هذا في هذه الصورة لجاز[1] في سائر المواضع من الشرع ولا يقول به أحد، واعتذَر أبو زيد عن هذا[2]، وقال: قضاء حق القرابة بالعتاق لا بالإعتاق، والتكفير بالإعتاق وذكر مثل هذا على فصل الاستحقاق، وذلك أن المستحق هو العتاق بعد الشراء، وأما الإعتاق فغير مستحق والكفارة إنما تتأدى في الإعتاق، وهذا لأن الواجب للقريب العتق عند الشراء على معنى أنه يوجد العتق شاء أم أبى، وإنما ثبت هذا قضاء لحقه فيعتبر في حقه حصول العتق بأيِّ جهة كان فمتى وُجد وحصل فقد وُجد قضاء حقه، وأما في جانب المشتري فالإعتاق لما لم يكن عليه مستحقًا فصح[3] منه تغيير الجهة وبقي العتق في حقه لا على جهة قضاء حق القرابة، ولم يكن واجبًا عليه فصح خلوُ جانبه عن قضاء هذا العتق والجواب بحرف[4] واحد وهو: أنه إذا لم يجعل العتق قضاء لحق القرابة في جانب المشتري لم يتصور العتق منه، فإنه إنما صار مُعتِقًا باعتبار قضائه لحق القرابة، ومجازاته إياه فإذا خرج هو عن كونه مجازًا وقاضيًا لحق القرابة لم يتصور أن يجعلَ مُعتِقًا.

يبينه: أنه إنّما جُوّز نية الكفارة لاقترانها بالعتق، وإنما صار مُعتِقًا لقضائه [٢٥٢/ب] حق القرابة ومجازاته لا بحصول العتق قضاءً وجزاءً، والكلام فيه ظاهر من غير إطناب ولا إسهاب.

---

(١) في (ز): جاز.
(٢) ينظر: الأسرار ٢/٢٠٩/أ عارف حكمت.
(٣) في (ز): يصح.
(٤) في (ز): حرف.




وأما دعوى استحقاق العتق فصحيح، ولا ندّعيه قبل الشراء وإنما نَدّعيه عقيب الشراء وإذا صار مستحقًا عقيب الشراء وَقَعَ عنه وإذا وَقَعَ عنه لم يقع عن الكفارة، وأما[1] إذا قال: «أنت حر» فليس هو سبب لاستحقاق العتق إنما هو نفس الإعتاق، وأما الشراء فليس بإعتاق فكان حصول العتق باستحقاقه شرعًا، وأما مسألة المستولدة بالنكاح فهي لازمة جدًا عليهم.

وقولهم: إن العتق لَاقَى أمّ الولد.

قلنا: لئن جاز أن يقال هذا في تلك المسألة؛ لأن سبب أُمّيّة الولد قد وجد جاز أن يقال في مسألتنا أن العتق صادف عتيقًا؛ لأن سبب العتق قد وجد من قبل. والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

إذا قال مَنْ عليه الكفارة لغيره: «أعتق عبدك عني» ولم يذكر عوضًا فأعتقه المأمور به(٢) يعتق عن الآمر عندنا[3]، وعند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد: لا يقع عنه[4].

---

(١) في (ز): فأما.

(٢) في (ز): عنه فإنه.

(٣) النكت: ورقة ٢٣٥/أ، المهذب: ٤٢٩/٤، المنهاج ومغني المحتاج: ٢٦٣/٣، الروضة: ٢٩٣/٨، وهو قول أبي يوسف من الحنفية. ينظر: الأسرار: ٢١٠/٢/ب عارفت حكمت، مختصر اختلاف الفقهاء: ٢٤٩/٣.

(٤) الأسرار: ٢١٠/٢/ب عارف حكمت، المبسوط: ١٥٤/٨، مختصر اختلاف الفقهاء: ٢٤٨/٣.

❖ لنا:

أن الملك الحاصل بغير عوض مثل الملك الحاصل بعوضٍ، بل هو واحد فإذا صح إثبات الملك عند ذكر العوض لبناء العتق عليه صح أيضًا إثبات الملك عند ترك ذكر[(١)] العوض لبناء العتق عليه، لأن الصورة، والصورة وإن اختلفتا في المسألتين فالمعنى واحد ونظيره إذا[(٢)] قال: أَطعِم عشرة[(٣)] مساكين أو ستين مسكينًا عن كفارة يميني فإنه يصح سواء ذكر العوض أو لم يذكر، كذلك هاهنا.

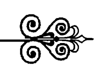
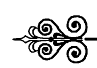
❖ أمّا حجّتهم:

قالوا: صحة العتق بإدراج الملك ولا يمكن إدراج الملك في مسألتنا؛ لأنه إذا لم يذكر العوض تكون هبة، والهبة لا تفيد الملك إلا بالقبض، ولم يوجد القبض، بخلاف ما إذا ذَكَرَ العوض؛ لأن الملك بعوضٍ يحصل قبل القبض فأمكن إدراج الملك فيه.

قالوا: ولا يجوز أن يقال يُعرَض[(٤)] عن القبض لأن هذا وضعُ سببٍ[(٥)] لم يرد به الشرع، وعلينا مباشرة الأسباب الشرعية، وليس لنا وضع سبب ابتداء من قِبَلنا لم يرد به الشرع، وإذا قلنا: إن الملك يقع[(٦)] بغير عوض في

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): ما إذا.
(٣) في (ز): عني عشرة.
(٤) في (ز): أنا نعرض.
(٥) في (ز): لسبب.
(٦) في (ز): وقع.

مسألتنا قبل القبض كان وضع ابتداء[1] سبب لم يرد به الشرع وهذا لا يجوز. وليس[2] كالقبول حيث يسقط[3] فيما إذا طلب العتق بالعوض[4] ولم يجعل ذلك تبديلًا لمشروع[5] وذلك لأن القبول ما سقط في تلك المسألة إنما أُدرج القبول في طلب العتق؛ لأنه قول، والقولُ يجوز إدراجه في القول، وأما[6] القبض فعل[7] (فلا يتصور إدراجه في القول)[8]، ولأن الفعل أقوى من القول، والشيء يتضمن ما هو مثله أو دونه ولا[9] يتضمن ما هو فوقه.

قالوا وليس كمسألة الإطعام (لأن قبض الجنس)[10] قد وُجد في ذلك[11] وهو من المساكين فجعلوا كأنهم قبضوا أولا للمكفِّر ثم قبضوا لأنفسهم، ويجوز أن يكون[12] القبض الواحد[13] عن قبضين، وأما في مسألتنا فلم يوجد القبض أصلًا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال أن العبد بالإعتاق يصير قابضًا نفسَه للمكفِّر ثم

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): قالوا: وليس.
(٣) في (ز): سقط.
(٤) في (ز): بعوض.
(٥) في (ز): للمشروع.
(٦) في (ز): فأما.
(٧) في (ز): ففعل.
(٨) في (ز): ولا يجوز إدراج الأفعال في الأقوال.
(٩) في (ز): وليس.
(١٠) في (ز): فإن القبض الحسي.
(١١) في (ز): تلك الصورة.
(١٢) في (ز): ينوب.
(١٣) ليست في (ز).

يصير[١] قابضًا لنفسه بعده؛ لأن هذا زعم محال، فإن العتق إتلاف الرق في المحل ومتى وُجد إتلاف شيء في محلٍ لا يجوزُ أن يقال: إن المتلَف عليه يصير قابضًا للمتلِف وهذا لأن الساقط والمتلَف يتلاشى (وينعدم، وإذا تلاشى وانعدم)[٢] كيف[٣] يتصور أن يكون قابضًا له؟.

❁ **الجواب:**

إن إدراج الملك ممكن على ما سبق.

وأما قولهم: إن الملك بغير عوض لا يحصل قبل القبض.

قلنا (نناقض أولًا ثم نُفاقِهُ فنقول)[٤]: هذا ينتقض على أصولكم بالبيع الفاسد فإنهم[٥] قالوا[٦]: لو قال لغيره: «اعتق عبدك عني على ألف درهم، ورطل خمر»[٧] فأعتقه، يصح، ويقع عن الآمر، وكما أن الملك في الهبة لا يقع قبل القبض ففي البيع الفاسد أيضًا[٨] لا يقع قبل القبض ومع ذلك صح الالتماس ووقع العتق عنه كذلك في مسألتنا.

قالوا: على هذه المسألة أن الموجود هناك بيع، والبيع في وصفه يفيد

---

(١) في (ز): يجعل بعده.

(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٣) في (ز): فكيف.

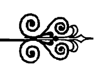
(٤) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٥) في (ز): فإنه.

(٦) ليست في (ز).

(٧) في (ز): من خمر.

(٨) ليست في (ز).

الملك قبل القبض إلا أنه لم يُفِدْ في البيع الفاسد لضعفه، فإذا تقوِّي بكونه في ضمن العتق استغنى عن القبض، وأما في مسألتنا فالموجود هبة ووضع الهبة، أن لا توجب الملك قبل القبض، ووضع الشرع لا يُغيِّر، وليس هذا بشيء؛ لأنه[1] إن جاز أن يَتقوِّي بالعتق فيُعرض عن القبض في (مسألة بيع)[2] الفاسد، جاز أن تتقوي الهبة بالعتق فيعرض عن القبض في مسألتنا، وعلى أنه كيف يستقيم هذا الكلام (وعندكم)[3] لو اشترى عبدا (بشراء فاسدٍ)[4] أو أعتقه قبل القبض لا ينفذ، فإذا كان تحقيق[5] الإعتاق لا يحصل الملك قبل القبض في البيع، (فعند التماس العتق كيف يحصل)[6]؟، والمسألة في [٢٥٣/أ] نهاية الإشكال على أصولهم.

فأما الجواب فقهًا قلنا: القبض غير معتبرٍ في مسألتنا؛ لأن القبض إنما يعتبر في هبةٍ لا تكون في ضمن إعتاقٍ فإذا كانت في ضمن إعتاق[7] فلا يعتبر القبض كما لا يعتبر القبول إذا كان طلب العتق بعوضٍ، وإن كان القبول ركنًا في أصل (المعاوضات والمبايعات)[8] ولكن قيل هو ركن إذا لم يكن في ضمن العتق فأما إذا كان في ضمن العتق فلا، وهذا لأنه لما كان في ضمن العتق كان تبعًا للعتق فأخذ حكم المتبوع وبهذا الطريق سقط القبول

(١) في (ز): فإنه.
(٢) في (ز): البيع.
(٣) في (ز): لو.
(٤) في (ز) ك شراءً فاسدًا.
(٥) في (ز): تحقيقه.
(٦) في (ز): فكذلك في التماس العتق.
(٧) في (ز): العتق.
(٨) في (ز): البياعات.

لا بما[1] قلتم فإن إثبات القبول في درج القول لا يعقل ولئن[2] جعل في التقدير كالموجود حكمًا فيجوز مثل ذلك في القبض؛ لأن الحكميات لها من المجال وتقدير الوجود لما[3] لا يكون للحسّيات ويستوى في ذلك الأقوال والأفعال، والأولى أن اعتبار القبض سقط (في الهبة)[4] في هذه الصورة لكونها تبعًا للعتق مثل ما سقط القبول إذا كان الالتماس[5] بعوض، والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

لا يجوز في الإطعام في كفارة الظهار إلا التمليك عندنا[6][7].

وعندهم: يجوز التمليك والتمكين[8].

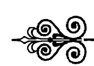
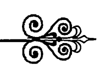
وصورة التمكين هو: إذا قدّم الطعام بين يدي المساكين فغدّاهم وعشّاهم.

لنا:

أن الكفارة قربة بإخراج المال[9] فيتعين فيها التمليك.

---

(١) في (ز): لما.
(٢) في (ز): لكن.
(٣) في (ز): ما.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): التماس العتق.
(٦) ليست في (ز).
(٧) النكت: ورقة ٢٣٧/أ، المهذب: ٤/٤٣٤، الروضة: ٨/٣٠٥.
(٨) الأسرار: ٢/٢١١/أ عارف حكمت، مختصر الطحاوي: ص ٣٠٦، المبسوط: ٧/١٤ ـ ١٥، مختصر اختلاف الفقهاء: ٣/٢٤٤، أحكام القرآن للجصاص: ٢/٤٥٧.
(٩) في (ز): مال.

دليله: الزكاة والكسوة ومعنى إخراج المال عن[1] الأصلين صحيح، فعندنا: بالتمليك، وعندهم: بالإطعام وهذا لأن الواجب لما كان بجهة الإخراج ووجب ليكون قربةً وجب أن يتم قربةً، وتمام القُربة بتمام الإخراج عن ملكه، ولا يتم الإخراج عن ملكه إلا بالتمليك فإنه بالتمكين يتناول على ملكه فيكون[2] الإخراج حاصلًا من وجهٍ دون وجهٍ فلا يجوز قياسًا على الكسوة.

والحرف: أنه لما حصل الإخراج من وجهٍ دون وجهٍ كانت القربة حاصلة من وجه دون وجه فلم يجز.

۞ أمّا حجّتهم:

(قالوا: قال الله)[3] تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾[4] وكذلك قال الله تعالى: ﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾[5] وبالتمكين قد وجد الإطعام حقيقة؛ لأن الإطعام حقيقة: هو تقديم الطعام بين يدي مَنْ يَطْعَمُه، ومنه قوله: ﴿وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَىٰ حُبِّهِ﴾[6] الآية، يقال: فلان يُطعم الضيفان[7] ويُطعم الناس إذا كان يقدّم الطعام.

---

(١) في (ز): على.
(٢) في (ز): ويكون.
(٣) في (ز): فإنهم تعلقوا بظاهر قوله.
(٤) سورة المجادلة، آية: ٤.
(٥) سورة المائدة، آية: ٨٩.
(٦) سورة الإنسان، آية: ٨.
(٧) في (ز): الطعام.

(يدل عليه)[١]: إن الإطعام كلام له معنى وليس معناه إلا ما (قلنا فإنه)[٢] لا يبقى وراء هذا الفعل في الإطعام إلا الإيجار (وإدخاله)[٣] في الفم وذلك ليس بشرط بالإجماع لوجود الإطعام، (وإذا ثبت وجود)[٤] حقيقة الإطعام بالإباحة خَرَجَ عن عهدة[٥] الأمر قال[٦]: وأما التمليك جاز[٧] لأنه وُجِد الإطعام[٨] وزيادة مثل ما لو وَضَعَ المالكُ المفتاحَ في يد المستأجر وُجِدَتْ التخلية وزيادة فصار مسلِّمًا، كذلك هاهنا، وإنما قلنا: إنه وُجد الإطعامُ وزيادة، فلأن[٩] الإطعام ليس إلا التمكين من الأكل ولا إشكال أنه وُجِد في التمليك هذا، وزيادة التمليك[١٠]، وإما[١١] الكسوة إنما وجب التمليك فيها؛ لأن الله تعالى قال: ﴿أَوۡ كِسۡوَتُهُمۡ﴾[١٢] والكسوة اسم الثوب[١٣]، فالله تعالى جعل نفس الثوب كفارة ونفس الثوب لا يكون كفارة، وإنما الكفارة فعل المكفِّر في الثوب، فيندرج التمليك دون التمكين؛ لأن

---

(١) في (ز): فدل.
(٢) في (ز): قلناه لأنه.
(٣) في (ز): الدَّس.
(٤) في (ز): فإذا وجد.
(٥) في (ز): جهة.
(٦) في (ز): قالوا.
(٧) في (ز): فإنما جاز.
(٨) في (ز): فيه الإطعام.
(٩) في (ز): لأن.
(١٠) في (ز): تمكين.
(١١) في (ز): قالوا وأما.
(١٢) سورة المائدة، آية: ٨٩.
(١٣) في (ز): للثوب.

التمليك تناول[1] عين الثوب الذي تناوله النص، فأما التمكين هو الإباحة، والإباحة لا تتناول عين الثوب، وإنما تتناول منافع الثوب، فأما في مسألتنا فالنص تناول نفس فعل الإطعام وذلك قد وُجد في التمكين حقيقة الإطعام[2] على ما سبق. واستدلوا بطعام الأهل في الإنفاق أنه يجوز بالتمكين[3] كذلك في مسألتنا؛ لأنه مشبَّه به على ما قال الرّب[4] تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾[5] فإذا جاز مثل هذا في طعام الأهل جاز في طعام الكفارة أيضًا.

❁ **الجواب:**

أن بعض أصحابنا قد زعم أن الإطعام هو التمليك بدليل ما روى أنه عليه السلام: **(أطعم الجدة السدس)**[6] والمراد[7] التمليك، ولأن معنى (قوله: «أطعمتُ المسكين»)[8] أي: جعلتُ له طُعمة، وذلك بالتمليك، والأولى أن لا ندّعى هذا لكن نقول: إن التمليك إطعام والتمكين إطعام فنحمل الآية على الإطعام بالتمليك بالقياس على الكسوة (والزكاة)[9] بالمعنى الذي بيّنا،

---

(١) في (ز): يلاقي.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): بالتمكين منه.
(٤) في (ز): الله.
(٥) سورة المائدة، آية: ٨٩.
(٦) رواه الدارمي في سننه: ٢/٣٥٨، كتاب الفرائض، باب في الجدات، بلفظ «أن النبي ﷺ أطعم جدة سدسًا».
(٧) في (ز): والمراد به.
(٨) في (ز): قولهم: أطعمت المساكين.
(٩) ليست في (ز).

(وهذا لأن النص)[١] ما تناول إلا وجوب الإطعام ونحن أوجبنا الإطعام وله جهتان: إحداهما التمليك [٢٥٣/ب]، والأخرى التمكين، فنعتبر[٢] إحدى الجهتين بدليل القياس والدليل على أن التمليك إطعام جوازه وليس الجواز[٣] إلا تعيين التمليك بدليل أنه لو لم يأكل[٤] يجوز وفي التمكين على أصلهم ما لم يأكل لا يجوز، وأما الكسوة فهي[٥] إن كانت عبارةً عن الثوب فالمراد من الآية: إكساء[٦] المساكين فنزل منزلة الإطعام، فقولوا: يجوز[٧] بالإعارة مثل ما يجوز هاهنا بالتمكين، ومع ذلك لم يجز دل أن المعنى ما بيّنا[٨]، وأما إطعام الأهل فهو محض حق المرأة، فإن لم ترض في الإنفاق إلا بالتمليك لا[٩] يجوز سواه، وإن رضيت بالتمكين فقد رضيت بدون حقه[١٠]، فجاز كما لو[١١] أبرأت أصلًا، والله أعلم.

---

(١) في (ز): وذلك أن نص الكتاب.

(٢) في (ز): فتعين.

(٣) في (ز): جواز.

(٤) في (ز): لم يأكل منه.

(٥) في (ز): فإنها.

(٦) في (ز): تكسية.

(٧) في (ز): إنه يجوز.

(٨) في (ز): بيناه.

(٩) في (ز): فلا.

(١٠) في الأصل: حقه.

(١١) زيادة من (ز).



※ (مَسْألة):

إذا أطعم مسكينًا واحدًا في ستين يومًا في كفارة الظهار، أو مسكينًا واحدًا في عشرة أيام في كفارة اليمين لم يجز عندنا[1].

وعندهم: يجوز[2].

❊ لنا:

قوله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾[3] وقوله[4]: ﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾[5] وهذا الأمر[6] إنما يصير ممتثلًا يفعله على ما وَرَدَ به وذلك بأن يُطعم ستين مسكينًا (أو عشرة مساكين)[7]، فالواحد[8] لا يكون عشرة ولا ستين بحال.

وفقه المسألة: إن الواجب هو التمليك من المساكين في الكسوة بالإنفاق وبالإطعام عندنا، فيكون حقًا لمن وجب تمليكه مثل ما بيّنا في الزكاة أنها حقوق الفقراء، كذلك الكفارة حقوق المساكين، وهذا لأن الواجب مال،

---

(١) المهذب: ٤/٤٣٤، النكت: ورقة ٢٣٧/أ، الروضة: ٨/٣٠٥، المنهاج مع المغني: ٣/٣٦٦.

(٢) الأسرار: ٢/٢١٢/أ عارف حكمت، المبسوط: ٧/١٧ ـ ١٨.

(٣) سورة المجادلة، آية: ٤.

(٤) في (ز): وقوله تعالى في كفارة اليمين.

(٥) سورة المائدة، آية: ٨٩.

(٦) في (ز): المأمور.

(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٨) في (ز): والواحد.

والأموال جُعلت[١] لمنافع العباد، فيكون المال[٢] حقًا لمن أُوجب[٣] لمنفعته، ومعلوم أن الزكاة أوجبت لمنفعة الفقراء، والكفارة أوجبت لمنفعة المساكين، فيكون حقًا لهم، وإذا كان حقًا لهم فنقول: حق واجب لعددٍ، فلا يجوز صرفه إلى الواحد منهم، بدليل[٤] الديون.

يبينه: أنه لو أوصى (بإطعام عشرة)[٥] مساكين أو أوصى بجزء من ماله لعشرة مساكين فصرفه[٦] إلى الواحد لا يجوز، كذلك في مسألتنا لأن المسألتين في المعنى واحد وإنما اختلفتا في أن (أحد الواجبين)[٧] وصية والآخر[٨] كفارة.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الكفارة حق الله تعالى؛ لأنها وجبت بالجناية على حق الله، فيكون الواجب لله[٩]، والمساكين مصارف، وهذا مثل ما قالوه في الزكاة، أنها حق الله والفقراء مصارف، وكذلك الصلاة فإنها عبادة والكعبة مصرف، والمعنى الذي لأجله أمر بصرفها إلى عشرة مساكين هو أن لهم عشرة جوعات

---

(١) في (ز): خُلقت.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): أوجبت.

(٤) في (ز): دليله.

(٥) في (ز): لعشرة.

(٦) في (ز): فصرف.

(٧) في (ز): إحدى الواجبتين.

(٨) في (ز): الأخرى.

(٩) في (ز): حق الله.

فأمر بصرفها إليهم، ليحصل بها سَدّ هذه الجوعات العشرة[1]، وهذا المعنى موجود في المسكين الواحد في عشرة أيام فجاز أيضًا صرفها إليه فيها فقام الواحد في عشرة أيام مقام عشرة نفر في يومٍ واحدٍ، ومنعوا فصل الوصية، وقالوا: ولئن سلمنا فهي واجبة حقًا للآدمي، وأما[2] الكفارة واجبة[3] حقًا لله وليس (يلزم على ما قلنا)[4] إذا صرف[5] في يومٍ واحدٍ؛ لأنه لم يوجد عشر جوعات فلم يكن إقامته مقام عشرة مساكين بخلاف مسألتنا.

قالوا: وأما تعلقكم بالآية فقد وُجد إطعام عشرة مساكين في المعنى على ما بيّنا[6]، وإن لم يوجد في الصورة، وعلى أن معنى الآية فإطعام (طعام)[7] عشرة مساكين وقد وجد في مسألتنا فقد قلنا بموجب الآية.

❁ **الجواب:**

بتقرير ما سبق وهو أن الكفارة حق واجب للمساكين ابتداءً وإنما صار كفارةً بامتثال الأمر فسواء كان الحق لله تعالى أو للمساكين فمتى وجد امتثال الأمر وقع موقع الكفارة.

وأما قولهم: إنه وجد في عشرة أيام عشر جوعات.

---

(١) في (ز): العشرة.
(٢) في (ز): فأما.
(٣) في (ز): فهي واجبة.
(٤) في (ز): يلزمنا على ما قلناه.
(٥) في (ز): صرف الجميع.
(٦) في (ز): بيناه.
(٧) زيادة من (ز).

قلنا: هذا بناء على قولهم إن الكفارة حق الله تعالى والمساكين مصارف وقد بيّنا المنع والدليل عليه، وليس كالصلاة؛ لأنها لتعظيم المعبود ولا يتصور وجوبها ولا فعلها إلا لله تعالى، وأما الزكاة والكفارة لنفع[1] الفقراء والمساكين فيكون وجوبها لمن (له النفع)[2]، ويلزم على ما قالوا[3] إذا صرف الجميع إلى مسكينٍ واحدٍ في يومٍ واحدٍ.

وقولهم: إنه لم يوجد عشر جوعات في اليوم الواحد.

قلنا: هذا غير معتبر فإنه لو كان شبعانًا فصرف إليه أو كان جائعًا فلم (يأكل وأعطى)[4] غيره وقع الموقع[5] (فإذًا جُعلت)[6] الجوعة المفقودة في مسكين آخر[7] بمنزلة الجوعة الموجودة؛ لأنه مسكين فكذلك هاهنا يجوز أن تجعل الجوعة الموجودة بمنزلة المعدومة؛ لأنه مسكين أخذ وظيفته من هذه الكفارة وكذلك إذا صرف إليه من كفارة أخرى فإنه يجوز مع عدم الجوعة فدل أن الشرع [٢٥٤/أ] اعتبر في كل مسكينٍ جوعة من[8] كل كفارة، ولم ينظر إلى تحدد الجوعات مع اتحاده في نفسه، كما لم ينظر إلى عدم الجوعات مع تعدد المسكين[9]. والله تعالى أعلم بالصواب.

---

(١) في (ز): فلنفع.
(٢) في (ز): النفع لهم.
(٣) في (ز): قالوه.
(٤) في (ز): يأكله وأعطاه.
(٥) في (ز): موقعه.
(٦) في (ز): فإذا جعلنا.
(٧) في (ز): واحد.
(٨) في (ز): في.
(٩) في (ز): المسكين في نفسه.



مسائل اللعان

※ (مَسْأَلَة):

(اللعان يجري)[1] بين العبد وامرأته، والكافر وامرأته والمسلم وامرأته اليهودية والنصرانية، والمحدود في القذف وامرأته[2].

وعندهم: لا يجري[3].

❋ **لنا:**

أن اللعان أيمان[4] وهؤلاء من أهل الأيمان فكانوا من أهل اللعان، والدليل على أنه يمين أن الله تعالى قال: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾[5] وقوله «بالله» نص في اليمين، ولأن اللعان حجة في موضع اليمين وموضع اليمين لا يسع غير اليمين (موضع)[6] كما أن (البينة لا تسع غير البينة، والدليل على أن الموضع موضع يمين[7] أنه يحلف على صدق

---

(١) في (ز): يجري اللعان عندنا.

(٢) الأم: ٥/١٢٤، ٢٨٦، النكت: ورقة ٢٣٨/أ، المهذب: ٤/٤٦٠، الروضة: ٨/٣٣٤.

(٣) الأسرار: ٢/٣٣٧/ب عارف حكمت، المبسوط: ٧/٤٠ ـ ٤١، بدائع الصنائع: ٥/٢١٥١، رؤوس المسائل: ص ٤٣٤.

(٤) في (ز): يمين.

(٥) سورة النور، آية: ٦.

(٦) زيادة من (ز).

(٧) في (ز): اليمين.

نفسه في[1] الدعوى كالمدّعي[2] يحلف على صدق نفسه من الإنكار، فدل أن ما قلناه إنه يمين، ولأنه يصح من الفاسق والمجاهِر بالفسق، ويُقبل كما يُقبل من العَدلِ وهو نوع نبأ، والحكم في نبأ الفاسق التثبت لا القبول فلما قبل اللعان من الفاسق وَصَحّ منه دل أنه حقيقة يمين.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: اللعان (شهادة بقوله)[3] تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ﴾[4] فاستثنى أنفسهم من الشهداء، وشرط صحة الاستثناء أن يكون من جنس المستثنى منه، فإذا كان المستثنى منه هم[5] الشهود دل أن المستثنى شاهد.

ويدل عليه أنه تعالى قال: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ﴾[6] وهذا نص في أن اللعان شهادة.

وأما قوله تعالى: ﴿بِٱللَّهِ﴾ (قالوا: هو)[7] يمين، وقد أكّد بالشهادة فقد قلنا: بموجب الآية على التمام والكمال. واستدلوا من حيث الحكم: أنه ليس بيمين على الخصوص أنه لو قال: «أنا أحلف» بدل قوله: «أشهد» لا يصح،

---

(١) في (ز): من.

(٢) في (ز): كالمدعى عليه.

(٣) في (ز): شهادات بدليل قوله.

(٤) سورة النور، آية: ٦.

(٥) في (ز): هو.

(٦) سورة النور، آية: ٦.

(٧) في (ز): فهذه.




ولو كان يمينًا لصح بلفظ الحلف[1]، وحين لم يصح دل أنه إنما لم يصح لمعنى[2] (شهادة مؤكدة باليمين وكما لا يجوز رفض اليمين من اللعان لا يجوز رفض)[3] الشهادة فيه[4]، فإذا ثبت أنه شهادة لم يكن بد من اعتبار أهلية الشهادة كما لابد من اعتبار أهلية اليمين.

قالوا: وأما[5] قولكم: إنه في موضع اليمين، ليس كذلك، بل هو في موضع الشهادة بدليل نص الكتاب على ما سبق[6] فإن الله وضع[7] موضع الشهادة، ولأنه مدعٍ والبينات وُضعت حجة للمدّعين، فأما اليمين وَضعت حجة للمدعَى عليه[8].

وأما قولكم: إنه حجة لتصديق نفسه، قالوا: يجوز إقامة الشهادة لتصديق نفسه، وكذلك الشهادة لنفسه يجوز أن تكون شهادة، ألا ترى أن الله شهد لنفسه بالوحدانية، وصحت الشهادة وإنما لا يقبل لأجل التهمة، وقد انتفت التهمة بالتأكيد باليمين[9]، فصحت الشهادة، وأما تعلقكم بالفاسق فعندنا الفاسق من أهل الشهادة، وقد سبق هذا[10] من قبل، وكذلك[11] الأعمى من

---

(١) في (ز): اليمين.
(٢) في (ز): لكونه.
(٣) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٤) في (ز): منه.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): أسبق بيانه.
(٧) في (ز): وضعه.
(٨) في (ز): عليهم.
(٩) ليست في (ز).
(١٠) ليست في (ز).
(١١) ليست في (ز).

أهل الشهادة، وإنما لا يقبل لأنه لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه، واللعان شهادة في حق امرأته، وقد تميّزت على سائر النساء في حقه بدليل جواز الإقدام على الوطء.

واستدل بعضهم فيما إذا كانت المرأة أمةً أو كافرة[١].

وقالوا: ليست بمحصَنَةٍ والقذف إذا صادف غير المحصن لم يتعلق به مُوجَبه، واللعان موجب[٢] القذف في الزوجة وهو[٣] مثل الحد في قذف الأجنبية، وربما يقولون نسبة الأمة والكافرة إلى الزنا بمنزلة تفسيق الحرة المسلمة، ثم لو نُسبت الحرة المسلمة إلى الفسق لم يجب اللعان، كذلك إذا نُسِبتْ المرأة أو[٤] الكافرة إلى الزنا.

❁ **الجواب:**

قلنا: لا نسلم أن اللعان شهادة، بل هو حقيقة أَيمان[٥] بدليل ما قدمنا[٦]، وأما الآية وتعلقهم بفصل الاستثناء قلنا: الاستثناء وضع[٧] في أصل الحجة، فالمعنى[٨] من قوله: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ (أي: فيه)[٩]

(١) في (ز): كانت كافرة.
(٢) في (ز): من حيث.
(٣) في (ز): هو.
(٤) زيادة من (ز).
(٥) في (ز): يمين.
(٦) في (ز): قدمناه.
(٧) في (ز): وقع.
(٨) في (ز): والمعنى.
(٩) في (ز): أنه إن.

لم يكن لهم حجة من الشهود، وكان لهم حجة من أنفسهم بالأيمان، وكان الاستثناء

بطريق المجاز على معنى، «لكن» وسمى اليمين[1] شهادة؛ لأنها وقعت في مقابلة الشهادة، فَسَمَّاه شهادة على جهة التقابل، مثل قوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَا﴾[2][3] ومثلها قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ﴾[4] الآية [٢٥٤/ب].

وأما قوله[5]: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ﴾، معناه: فيمين أحدهم، وقد يُعبّر عن اليمين بالشهادة بدليل أنه لو قال: «أشهد لأفعلن كذا»، يكون يمينًا عندهم بغير النية، وعندنا بالنية، فصارت الشهادة المذكورة في الآية محتملة لليمين، ولم تكن اليمين المذكورة وهي قوله «بالله» محتملة للشهادة، والمحتمل يُرد إلى غير المحتمل، كالعموم يخصص[6] بالنص ويحكم بقضاء الخاص على العام.

وأما قولهم: لو قال: «أحلفُ» يدل قوله[7] «أشهدُ»، لا يصح.

ومن[8] أصحابنا مَنْ منع وليس بشيء.

---

(١) في (ز): اللعان.
(٢) سورة الشورى، آية: ٤٠.
(٣) سورة الشورى، آية: ٤٠.
(٤) سورة البقرة، آية: ١٩٤.
(٥) في الأصل: قولهم.
(٦) في (ز): يخصّ.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): قلنا من.

❁ **الجواب:**

أن اللعان يمين عندنا، أُكِّدت بلفظ الشهادة، ووجه التأكيد: أن اللعان يمين هي حجة في محل الزنا، فيؤكّد[1] بما لا يؤكد به في سائر المحال، وذلك بلفظ الشهادة يُضم إلى اليمين، وهذا كما أن الشهادة على الزنا يؤكّد بما لا يؤكدّ[2] سائر الشهادات، وهو شهادة شاهدين، وإن كان في الحقيقة لا يفيد إلا ما أفاد[3] الأول، ولهذا المعنى لو شهد (شاهدان لرجل على شيءٍ)[4] وشهد لآخر أربعة من الشهود لا يكون صاحب الأربع[5] أولى، ولكن جرى نوع تأكيد (لعِظَم أمر)[6] الزنا، وإن كان لا زيادة في الحجة، كذلك في مسألتنا جرى بلفظ الشهادة نوع تأكيد لليمين، وإن لم يكن في أصل الحجة زيادة.

وأما قولهم: إن اللعان في موضع الشهادة.

قلنا: لا، بل في موضع اليمين على ما سبق.

وقولهم: إن الإنسان يجوز أن يكون شاهدًا لنفسه، محال[7]، بل لا يجوز، وإنما يحلِف لنفسه ويشهد لغيره، ويمكن أن يقال: باليمين يصدّق

(١) في (ز): فتأ: د.

(٢) في (ز): يؤكد به.

(٣) في (ز): أفاده.

(٤) في (ز): لرجلٍ على رجلٍ شاهدان.

(٥) في (ز): الأربعة.

(٦) في (ز): لتعظيم.

(٧) في (ز): فمحال.




نفسَه، وبالشاهدة يصدّق غيرَه، وفي (مسألتنا باللعان)[1] يصدّق نفسه، دل أنه يمين.

وقولهم: إن اليمين لا تكون حجة للمدّعي.

قلنا: تكون إذا وجد دليل الظاهر، (ولهذا إذا أقام شاهدًا وَنَكَلَ يصير حجة للمدّعِي لوجود شهادة الظاهر)[2]، وأما فصل الفاسق الذي ألزمناهم فقوي جدًا[3] في الإلزام.

وقولهم: (إن الفاسِق)[4] من أهل الشهادة.

قلنا: ليس الكلام في أهلية الشهادة، وإنما الكلام في (قبولها)[5]، (والفاسق مانع قبولها)[6]، فلو كان اللعان شهادة لمنع الفسق من[7] قبولها.

وقد استدل الأصحاب أيضًا بفصل تكرار اللعان فإن الشرع قد وَرَدَ (في التكرار)[8] في اليمين، وذلك في القسامة ولم يرد بالتكرار[9] في الشهادة في موضعٍ مّا، وأيضًا فإن الشهادة إذا كُرِّرت وأُعيدت فإنها واحدة واليمين إذا

---

(١) في (ز): اللعان.

(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): إنه.

(٥) في (ز): قبول الشهادة.

(٦) في (ز): والفسق مانع من القبول.

(٧) ليست في (ز).

(٨) في (ز): بالتكرار.

(٩) في (ز): التكرار.



كُرِّرَت فإن كل يمين غير الأولى، وأيضًا فإن (كان اللعان)[1] شهادة لوجب أن لا يساوي الرجل فيها المرأة كسائر الشهادات، وشرع[2] في حق النساء على الضعف ليكون كل شهادتين في جانبها بمنزلة شهادة في جانبه، وحين ورد الشرع بالتسوية دل أن اللعان يمين وليس شهادة أصلًا، وإنما قُرِنَ بلفظ الشهادة، إما نصًا غير معقول المعنى، أو بنوع تأكيد للمعنى الذي قدمناه.

وقولهم: إن التهمة تنتفي بتأكيد الشهادة باليمين.

قلنا: اليمين إذا وُصِلَتْ بالشهادة أبطل[3] الشهادة، والشيء لا يجوز أن يؤكّد بما يبطله.

ولا ينعكس هذا علينا؛ لأن[4] قلنا: إنه ليس هاهنا شهادة أصلًا، وإنما لفظ الشهادة عبارة عن اليمين، وعلى أن تأكيد اليمين بلفظ الشهادة لا يُبطل الشهادة[5]، وأما كلامهم[6] في جانب الأمة والكافرة.

وقولهم: إنها[7] غير مُحصنةٍ.

قلنا: الإحصان ليس بشرط في وجوب اللعان بدليل أن المرأة لو كانت زانية فاجرة فقُذفت[8] وجب اللعان مع عدم الإحصان، وهذا؛ لأن اللعان

---

(١) في (ز): اللعان لو كان.

(٢) في (ز): والشرع.

(٣) في (ز): أبطلت.

(٤) في (ز): فإنا.

(٥) في (ز): اليمين.

(٦) ليست في (ز).

(٧) زيادة من (ز).

(٨) في (ز): فقذفها الزوج.

حجة إثبات الزنا عندنا على ما سنبين، ويجوز إثبات الزنا بحجته على الأَمة والكافرة، مثل ما يجوز على الحرة والمسلمة. والله أعلم.

※ (مَسْألة):

موجب القذف في الزوجات: الحد، ويسقط عندنا باللعان، فإذا لَاعَنَ الزوج سقط الحد عنه وثبت به الزنا على المرأة ووجب الحد عليها فإذا لَاعَنَت سقط الحد عنها وإن لم تُلاعن حُدّت[1].

وعندهم: موجب القذف في الزوجة هو نفس اللعان، وزعموا أنه حدٌّ باعتبار (أحد وجهي)[2] اللعان، ثم إذا لَاعَنَ وَجَبَ اللعان عليها، فإن لَاعَنَت وإلا حُبست حتى تُلَاعن[3].

❖ لنا:

قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾[4] ولم يفصل بين الأجنبية والزوجة، والخطاب على العموم[5]؛ ولأنه قذف محصنة وموجب قذف المحصنات الحد بنص الكتاب بدليل ما قبل النكاح، وهذا لأن النكاح لا تأثير له في تغيير موجب الجنايات بدليل

(١) النكت: ورقة ٢٣٧/ب، المهذب: ٤/٤٧٠، الروضة: ٨/٣٥٦.
(٢) في (ز): إحدى جهتي.
(٣) المبسوط: ٧/٣٩، بدائع الصنائع: ٥/٢١٤٢.
(٤) سورة النور، آية: ٤.
(٥) في (ز): عمومه.

سائر الجنايات من قتلٍ أو قطعٍ [٢٥٥/أ] أو سرقةٍ أو غيره، وأما[١] اندراء الحد عنه باللعان فلأن اللعان حجة له بطريق[٢] إثبات الزنا عليها وإنما قلنا: ذلك لأنه أتى بما جُعل عَلَمًا على صدقه فثبت صدقه كما لو أقام البينة، والدليل على أنه عَلَمٌ على صدقه، إنه يقول في اللعان: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتُها به من الزنا.

يبينه: أنه لما وَرَدَ النص في اللعان على صدقه فقد ثبت أنه حجة، وحجة الصدق مثبتة للصدق، فإذا ثبت صدقه ثبت الزنا عليها.

قالوا[٣]: ما قولكم: لو أقام القاذف البينة أنه[٤] صادق فيما رماها به من الزنا.

قلنا: لا يثبت الزنا (به، فإن)[٥] قالوا: فلِم ثبت هاهنا، قلنا: لأن الشرع جعل اللعان حجة[٦] مصدّقا له فقام (ركن التصديق)[٧] المبتنى على القذف الصريح مقام الشهادة، من[٨] الشهود الأربعة، وأما لعانُها فهو حجة درأ الحد عنها، وقد ورد النص بهذا في قوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ﴾[٩] والعذاب

---

(١) في (ز): وأما.

(٢) في (ز): في.

(٣) في (ز): فإن قالوا.

(٤) في (ز): على أنه.

(٥) ليست في (ز).

(٦) ليست في (ز).

(٧) في (ز): ذكر الصدق.

(٨) في (ز): المفسرة من.

(٩) سورة النور، آية: ٨.




المعهود في الزنا هو الحد بدليل قوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾[1] والمراد به الحد، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾[2] والمراد به الحد، فإن لاعنت تخلّصت وإلا حُدِّت.

❁ أمّا حجّتهم:

استدلوا في أن موجب قذف الزوجة هو اللعان بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ﴾[3] الآية، قالوا: وقوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ﴾ في موضع قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾[4] وقوله: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾[5]، في موضع قوله: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾[6] وقوله: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ﴾[7] في موضع قوله: ﴿فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾[8] ثم الجلدات في تلك الصورة موجب القذف، فكذلك[9] الشهادات في هذه الصورة (فعلى هذا)[10] أنه حد مثل الجلدات.

يبينه: إن الفاء تدل على المجازاة مثل قول القائل: مَنْ دَخَلَ داري[11]

(١) سورة النساء، آية: ٢٥.
(٢) سورة النور، آية: ٢.
(٣) سورة النور، آية: ٦.
(٤) سورة النور، آية: ٤.
(٥) سورة النور، آية: ٦.
(٦) سورة النور، آية: ٤.
(٧) سورة النور، آية: ٦.
(٨) سورة النور، آية: ٤.
(٩) في (ز): كذلك.
(١٠) في (ز): ودل هذا أيضًا على.
(١١) في (ز): الدار من عبيدي.

فأعتقه، أو من ذكرني[1] فأكرمه، وجزاء القذف مُوجَبه، ولأن اللعان باحتمال الكذب مُهلك مُوبق في الآخرة، فيصلح جزاءً[2] وحدًا، فكذلك التزام اللعنة التزام الهلاك والتزام الهلاك مُهلك.

وربما يقولون: اللعان شهادات مؤثمة مهلكة محرّمة للمتعة، مثل الجلدات موجعة مؤكلة محرمة للشهادة، فتشابها من هذه الجهة.

قالوا: وأما إذا كذّب نفسه إنما وجب الحد؛ لأن شهادات اللعان انقلبت قذفًا موجبًا للحد مثل الشاهد على الزنا إذا رجع تنقلب شهادته قذفًا عند الرجوع، ويجب عليه الحد.

قالوا: وأما تحقق الزنا عليها (ووجوب الحد)[3] بمجرد لعانه ففي غاية البعد؛ لأن لعانه قوله، وقوله لا يصلح لإثبات الزنا عليها، مثل سائر أقوال القاذفين.

يبينه: أن[4] عندكم لو شهد الزوج مع ثلاثة نفر عليها بالزنا لم يثبت عليها، ولم تُقبل شهادته، فإذا شهد بانفراده كيف يثبت الزنا[5]؟.

وأما قوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ﴾[6] هذا على طريق المجاز ومعنى المجاز أن اللعان في قذف الزوجات لما كان في موضع الحد في قذف

---

(١) في (ز): زارني.
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): أنه.
(٥) ليست في (ز).
(٦) سورة النور، آية: ٨.

الأجنبيّات صار المعنى كأنه دَفَعَه، وَدَرَأه ويجوز أن يقال: إن التيمم دَرَأ[1] الوضوء.

۞ **الجواب:**

أما تعلقهم بالآية فليس فيها دليل[2]؛ لأن الله تعالى ذكر اللعان في موضع حجة القاذف بإقامة البينة، فلا جَرَمَ.

قلنا: إنه حجة، وقوله تعالى: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ﴾[3] (تفسير الحجة وسمى)[4] الحجة شهادة؛ لقيامه مقام الشهادة في قذف الأجنبية.

وأما قولهم: إن اللعان حد. واستدلالهم عليه من الآية، فليس في الآية دليل عليه أصلًا، وقد بيّنا وجه معنى الآية، وحقيقة الإقامة التي أريدت منها، وهذا لأن الحدود في الشرع سياسات[5] معلومة، وأوضاع معهودة، لا تُغيِّر ولا تُبدِّل، والزواجر لا تحصل لعامّة الناس بوجه[6] التأثيم والتهديد في الآخرة، ولو وقع دفع[7] بأمثال هذه الحدود لوقع[8] الغُنية بها عن السيوف والأسواط في سائر المواضع، وهذا يؤدّي إلى نقض قاعدةٍ عظيمةٍ من قواعد

---

(١) في (ز): يدرأ.

(٢) في (ز): دليل على ما زعموا.

(٣) سورة النور، آية: ٦.

(٤) في (ز): تفسيرًا للحجة وَسُمّيت...

(٥) زيادة من (ز).

(٦) في (ز): بوجوه.

(٧) زيادة من (ز).

(٨) في (ز): لوقعت.

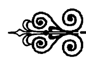
الشرع، وهذه حِكمة كلية من حِكَم الشرع[١]، ويحصل الاجتراء على هتك حرمات الشرع[٢]، وتعاطي المحظورات من غير مبالاةٍ والتفاتٍ إلى (هذه الزواجر)[٣]، ولأن اللعان عندهم شهادات، وعندنا أَيمان، وواحد منهما لا يصلح حدًا، ولأن اللعان ليس بحدٍ في حقها فلا يكون حدًا في حقه؛ لأنه شيء واحد من الجانبين؛ ولأنه لو كان حدًا لاختص به[٤]؛ لأنه من المحال أن يُحدّ القاذف والمقذوف جميعًا.

وأما قولهم: إن لعانه لا يصلح حجة له في إثبات الزنا عليها.

قلنا: ولِمَ؟ وقد بيّنا في المسألة الأولى[٥] وجه الحجة، وقد قال [٢٥٥/ب] الأصحاب: إن اللعان حجة ضرورة، ووجه الضرورة: أن الضرورة قد تُلجئ الزوج إلى رميها بالزنا، فأنه يراها على الزنا، ولو قَتَلَ قُتِلَ ولو سَكَتَ سَكَتَ على غيظةٍ[٦]، ويلزمه الولد الذي جاءت به من الزنا ويتلطخ فراشه ويتلوث بهذه الفاحشة العظيمة فصار إظهار الزنا ضرورة، وإذا كان ضرورة والشرع[٧] سامحه في الحجة واقتصر منه على أيمان يقيمها بدل الشهود، ودرأ الحد عنه، وحقق الزنا عليها لما بيّنا أنه حجة، وهذا كلام يدل عليه ظاهر الأمر؛ لأن الزوج أول متعيّر بزناها، والظاهر أنه لا ينسبها إلى الزنا

---

(١) في (ز): الرب تعالى.
(٢) في (ز): الله تعالى.
(٣) في (ز): هذا الزاجر.
(٤) في (ز): به القاذف.
(٥) زيادة من (ز).
(٦) في (ز): غيظ.
(٧) في (ز): فالشرع.




إلا على بصيرةٍ، وإتقانٍ، ومثل هذا لا يوجد في قذف الأجنبية؛ لأن الضرورة لا تُلجئه إلى نسبتها إلى الزنا فبقي الأمر على التشديد الوارد فيه منعًا للناس من[1] الإقدام على القذف ثم كما[2] نظر لجانبه[3] نظر لجانبها أيضًا فجعل لها مُخلِّصًا عن موجب الزنا باللعان، (إذ يجوز)[4] أن يكون الزوج مع هذا كله كاذبًا فلم يكن بد من النظر لها بشرعٍ مُخَلِّصٍ فإن لاعنت تخلّصت وإلا يقام حد الزنا عليها، وهذا كلام في نهاية الحسن؛ لأنه شرع مشروع لجانبي الرجل والمرأة مع تمام النظر لهما بدليل مخيل في الجانبين ليكون (قضاء القاضي)[5] من قاضٍ لا يعلم مغيب الأمور وبواطنها، وأما الذي قالوه مَنْ تغيّر واجب القذف بالنكاح وعدم القول بتحقيق الزنا عليها مع قيام الحجة، ومع أمر الشرع بقطع النسب على ما يدعيه الزوج ولا (يكون ذلك إلا أن يتحقق)[6] أنها زانية ففي نهاية البعد، وكذلك جعل اللعان حدًا بمثابته ومنزلته في البعد والنفور عن قوانين الشرع.

وأما قولهم على قوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ﴾[7] فدعوى مجاز، ليس عليه دليل ثم الكلام لحقيقته إلى أن يقوم دليل المجاز، والله أعلم.

---

(١) في (ز): عن.

(٢) في (ز): أنه لما.

(٣) في (ز): لجانبها.

(٤) في (ز): لجواز.

(٥) في (ز): فصل القضاء.

(٦) في (ز): ولا يتحقق ذلك إلا بعد أن يثبت.

(٧) سورة النور، آية: ٨.




※ (مَسْألة):

فرقة اللعان متأبِّدة عندنا[1]، خلافًا له[2][3]، وقالوا: لو كذّب المُلاعِنُ نفسَه ثم عاد إلى عقد النكاح جاز، وزعموا أن الواقع طلقةٌ بائنةٌ.

وعندنا: هو حرمة مثل حرمة المصاهرة، إلا أنه لا[4] يثبت به محرمية، ولا يبتني عليه الانتشار إلى الأعيان والأشخاص.

❖ لنا:

حديث ابن عمر أنه قال: (المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا)[5]، وهذا نص لا يحتمل التأويل، والمرادُ من الاجتماع هو الاجتماع نكاحًا؛ لأن الاجتماع مذكور في موضع التفريق، والتفريق الوارد في الخبر الثابت أن النبي ﷺ: **(لَاعَنَ بين رجل وامرأته، وفرَّق بينهما)**[6][7]، فإن قالوا: النبي ﷺ قال: **(المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا)** وبعد أن كذّب الزوجُ نفسه ليسا بمتلاعنين.

قلنا: ولو قال قائل: إنهما بعد أن فَرَغَا من اللعان ليسا بمتلاعنين يكون

---

(١) الأم: ٥/٢٩٠، النكت: ورقة ٢٤٠/ب، المهذب: ٤/٤٧٢، الروضة: ٨/٣٣٦.
(٢) في (ز): وقالوا: هي غير متأبدة.
(٣) المبسوط: ٧/٤٣ ـ ٤٤، الهداية مع فتح القدير: ٤/٢٨٧ ـ ٢٨٨.
(٤) ليست في (ز).
(٥) رواه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب اللعان، رقم (٢٢٤٥، ٢٢٥٠).
والدارقطني في سننه مرفوعًا وموقوفًا: ٣/٢٧٤، ٢٧٧، وصححه الألباني في الإرواء ٧/١٨٧ ـ ١٨٨.
(٦) رواه البخاري في صحيحه: ٩/٤٥٨ مع الفتح، كتاب اللعان، باب التفريق بين المتلاعنين.
(٧) في (ز): زيادة: وهو التفريق في النكاح، وكذلك الاجتماع في النكاح.

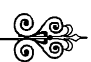
صحيحًا من حيث المحسوس ومع ذلك لا يجوز أن يجتمعان على النكاح، فتبيّن بهذا أن معنى قوله: (**المتلاعنان**) يعني اللذان تلاعنا لا يجتمعان أبدًا، وهذا لا يتصور ارتفاعه لأنهما لو عاشا أبد الدهر فهما اللذان تلاعنا، ولستُ أرى في إثبات حرمة النكاح إلى الأبد معنىً فقهيًا، وليس إلا التمسك بالنص على الوجه الذي بيّنا[1].

فإن قالوا: إنكم لا تقولون بالخبر؛ لأنه عليه السلام قال: (المتلاعنان لا يجتمعان) وعندكم: إذا لَاعَنَ الزوج وحده، انتفى النكاح وحرم الاجتماع، فأين التلاعن؟.

(قلنا: لما كان لعانه سبب لِعَانها وصريح لفظ اللعنة يوجد في جانبه دون جانبها سُمّي الموجود منه مُلاعنة من حيث المباشرة والسببية، وكان المعنى في ثبوت الفرقة بلعانه وحده، وهو[2] أنّ لِعَانَه سببٌ في إثبات الزنا عليها على)[3] ما عرف في المسألة الأولى. وإذا ثبت الزنا عليها انتفى نسب الولد، وإذا انتفى نسب الولد انتفى الفراش؛ لأنه لا يتصور بقاء الفراش وانقطاع النسب، فإن النبي عليه السلام جعل الولد للفراش بقوله: (**الولد للفراش**)[4][5] وانقطاع الفراش هو انقطاع النكاح.

فإن قالوا: ما قولكم: إذا لم يكن ولد؟.

(١) في (ز): بيناه، وقد نقل ابن حجر هذا عن السمعاني. ينظر: الفتح: ٩/٤٥٩.
(٢) ليست في (ز).
(٣) ما بين القوسين نقله ابن حجر عن السمعاني: ٩/٤٥٩.
(٤) ليست في (ز).
(٥) سبق تخريجه في ص١٥٩.




قلنا: وإن لم يكن ولد ولكن[1] يثبت الزنا عليها، وهو سبب صالح لنفي الولد، بل هو مؤثر فيه، وإذا كان مؤثرًا في نفي الولد كان مؤثرًا في نفي فراش الولد، فإن وَجَدَ ولدًا نَفَاه، وإن لم يجد[2] ينفي ما وُجِدَ من الفراش، ولذا[3] كان هذا هو السبب (فإذا بَقِي السبب بَقِي الحكم، وبقاؤه بوجوده فإن لم يوجد منه لا يتصور ارتفاعه، فبقي حكمه أبدًا)[4].

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: [٢٥٦/أ] إن النص قد ورد في أنّ المتلاعنين لا يجتمعان أبدًا فلابد من بقاء النكاح لتبقى حرمة الاجتماع، وقد ارتفع اللعان حسًا بالفراغ منه، وحكمًا بتكذيب المُلاعن نفسه.

والدليل على ارتفاع اللعان بتكذيبه نفسه عود نسب الولد ووجوب الحد بعد أن حُكم بسقوطه، ولو بقي اللعان لبقي النسب منفيًا، والحد ساقطًا ثم قالوا: ليس في نفس اللعان معنى مؤثر في إثبات التفريق بين الزوجين، وإنما انتفى[5] الاجتماع بالتلاعن نَصًا، ثم إذا انتفى الاجتماع حرمت المتعة مطلقًا، ثم إذا حَرُمت المتعة على الإطلاق، والنكاح عقد استمتاع فات الإمساك بالمعروف، فوجب التسريح، فإن لم يطلّق الزوج فرق القاضي بينهما، ولا

---

(١) في (ز): ومع هذا.

(٢) في (ز): يوجد

(٣) في (ز): فإذا.

(٤) العبارة في (ز) هكذا: فما نفي السبب ينفي الحكم، وبقاؤه بوجوده فإن الموجود منه لا يتصور ارتفاعه فبقي حكمًا أبدًا.

(٥) في (ز): نفى.

يكون طلاقًا مثل ما إذا وُجدت الزوجةُ زوجَها عنّينًا ومضت المدة ولم يصل إليها فرق القاضي بينهما، (فيكون طلاقًا مثل ما إذا وجدت المرأة زوجها عنينًا ومضت مدة ولم يصل إليها فرق القاضي بينهما)[١]، ويكون طلاقًا، وإذا كان طلاقًا لم يتصور تأبّد الفرقة إلا أنه ما داما على الملاعنة لم ترتفع حرمة الاجتماع بنص الرسول ﷺ، ومع بقاء حرمة الاجتماع لا يكون[٢] النكاح، فإذا أكذب نفسه المُلاعن ارتفعت الملاعنة حكمًا وصارت المرأة محل الاستمتاع[٣] غير أن أصل النكاح لا يعود؛ لأن القاضي فرّق بينهما، وَقَضَى بالفرقة، وقد بيّنا أنه[٤] طلاق بائن فلم يتصور عود النكاح إلا بإعادة العقد ابتداء. وقد تعلق بعضهم بالطلاق في هذه المسألة قالوا[٥]: فرقة صدرها عن القول فلا يتأبّد، دليله: الفرقة بالطلاق الثلاث.

❁ **الجواب:**

أن معتمدهم ارتفاع اللعان حكمًا، وليس كذلك، فإن اللعان إن كان يمينًا كما نقول[٦] واليمين[٧] إذا صارت حجة وتعلق بها حكم الحاكم لم يتصور ارتفاعها، وإن كان شهادة على ما زعموا فكذلك أيضًا، ألا ترى أن الشهود إذا شهدوا على الزنا، وَقَضَى القاضي بموجبه لم يتصور ارتفاعه أبدًا،

---

(١) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٢) في (ز): لا يجوز.
(٣) في (ز): هل الاستمتاع.
(٤) في (ز): أن.
(٥) في (ز): فقالوا.
(٦) في (ز): نقوله.
(٧) في (ز): فاليمين.




وأيضًا فإنهم جعلوا اللعان حدًا، والحد إذا أقيم لا (يتصوّر رفعه)[1]، وأما إكذابه نفسه فغاية ما في الباب إن إكذاب[2] نفسه ينزل منزلة رجوع الشاهد عن شهادته، وبرجوع[3] الشاهد عن شهادته لا يرتفع[4] حكم الحاكم، ولا تبطل شهادة الشهود بل[5] عمل الرجوع أنه يُعامَل الراجع بموجب رجوعه في زعمه مع بقاء أصل شهادته كذلك الملاعن في مسألتنا إذا أكذب نفسه يُعامل بموجب إكذابه نفسَه في زعمه مع بقاء اللعان على ما كان، وقد اعترف بوجوب الحد عليه، واعترف بثبوت نسب الولد منه، أما الحد فلأن قذف الزوج زوجته عندنا (موجب للحد)[6]، إلا أنه يسقط باللعان، فإذا قال: «كنتُ كاذبًا» فقد زَعَمَ أنه لم يوجد منه ما يُسقط الحدّ عنه فأقيم عليه الحد، وأمّا النسب ففي زعمه أن نسب الولد منه ثابت فيُعامَل أيضًا بما في زعمه حفظًا لحق الولد، وأما في مسألتنا فلم يعترف على نفسه بشيء، وقد كانت الفرقة متعلقة بالتلاعن، وذلك قائم على ما ذكرنا فبقيت الفرقة ما بقي التلاعن، ويمكن أن يقال: أن الفرقة لا تشبه نفي النسب؛ لأنه إذا أكذب نفسه تبين أن النسب لم ينتف، ولا يتبين أن الفرقة لم تقع، والمعتمد هو الأول.

وأما قولهم: إن اللعان ليس له تأثير في إثبات الفرقة.

قلنا: وقد بيّنا وجه التأثير، وعلى أنه مع النص لا يُطلب[7] التأثير، وإنما

---

(١) في (ز): يرتفع أيضًا.
(٢) في (ز): إكذابه.
(٣) في (ز): ورجوع.
(٤) في (ز): يرفع.
(٥) في (ز): بل إذا أكذب نفسه...
(٦) في (ز): يوجب الحد.
(٧) في (ز): يتطلب.

هذا حكم متعلق بالتلاعن، ومعناه وجود اللعان منهما، (ومتى وجد منهما اللعان ترتب عليه هذا الحكم كما لا يتصور في المستقبل ارتفاع وجود اللعان)[1]، لا يتصور ارتفاع حكمه.

وأما قولهم: إن التفريق كان بفوات الإمساك بالمعروف.

قلنا: لو كان كذلك لوجب إذا رضيت المرأة إن تقيم معه أن يسقط معه[2] تفريق القاضي مثل مسألة العُنَّة وحين وجب[3] التفريق، وإن اختارت المقام على النكاح دل أن المعنى ما بيّنا[4]، وأما الطلاق الثلاث والتحريم إلى غاية الزوج الثاني، إنما أُتبع فيه النص. والله أعلم بالصواب.

※ (مَسْأَلَة):

حد القذف عندنا حق الآدمي، وفيه حق الله، لكنه مغلوب بحق الآدمي[5]، وعندهم: حق الله[6]، لكنه يوجد للآدمي فيه حق على طريق[7] التبع، ولهذا يصح العفو عنه، ويورث[8]، وعندهم: لا يصح العفو عنه، ولا يورث[9].

---

(١) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٢) زيادة من (ز).

(٣) في (ز): يوجب.

(٤) في (ز): بيناه.

(٥) المهذب: ٤/ ٤٣٧، ٤٣٨، الروضة: ٨/٣٢٥، مغني المحتاج: ٤/ ١٥٥، نهاية المحتاج: ٧/٤٣٧.

(٦) بدائع الصنائع: ٥/٢١٤٢، ٢١٥٣، المبسوط: ٧/٥٢، رؤوس المسائل: ص ٤٣٦.

(٧) في (ز): وجه.

(٨) ينظر: حاشية رقم (١).

(٩) ينظر: حاشية رقم (٢).




لنا:

أن حد القذف عقوبة واجبة بالجناية على النفس، فكان المغلب عليها[1] حق الآدمي.

دليله: القصاص، والدليل على أنه واجب بالجناية على النفوس أنه يضيف القذف إلى نفسه، فيقول: «إنه زاني أو يا [٢٥٦/ب] زاني». ولأنهم قالوا: إن القذف هتك العرض، والعرض هو النفس، قال ابن قتيبة وابن الأنباري وغيرهما ذلك[2]، والدليل عليه أن النبي عليه السلام قال في أهل الجنة: (أنهم لا يبولون ولا يتغوطون وإنما هو عَرَقٌ يجري من أعراضهم على ريح المسك)[3] ومعناه من نفوسهم ولأن العرض موضع المدح والقدح والثناء والسَّب[4] ومنه الخبر المعروف: **(أيعجز أحدكم أن يكون كأبي ضمضم كان إذا خَرَجَ من منزله يقول: اللهم إني تصدّقت بعرضي على عبادك)**[5]، ويقال: اقرضْ من عرضك ليوم فقرك، وقال حسان[6]:

---

(١) في (ز): فيها.

(٢) زيادة من (ز).

(٣) ذكر أبو عبيد في الغريب: ١٥٤/١ بهذا اللفظ والحديث في صحيح مسلم: ١٧٤/١٧ مع النووي دون لفظة: «يجري في أعراقهم».

(٤) ليست في (ز).

(٥) رواه أبو داود في سننه رقم (٤٨٨٦، ٤٨٨٧)، وفيه قالوا: «ومن أبو ضمضم قال رجل فيمن كان قبلكم»، وقال في الإرواء: ضعيف: ٣٢/٨.

(٦) حسَّان بن ثابت بن المنذر بن حرام الأنصاري، الخزرجي شاعر رسول الله ﷺ، وفي الصَّحيحين أن النبي ﷺ قال له: (أهجهم وجبريل معك)، مات حسان قبل الأربعين، قال ابن سعد: «عاش في الجاهلية ستين عامًا وفي الإسلام ستين عامًا ومات وهو ابن عشرين ومائة». ا. هـ. الإصابة: ٣٢٥/١، رقم (١٧٠٤).

هجوتَ محمدًا فأجبتُ عنه ... وعند الله في ذاك الجزاءُ
فإن أبي ووالدتي وعرضي ... لعرض محمد منكم وِقَاءُ[(١)]

ومعناه نفسي لنفس محمد ﷺ، فإذًا ثبت أن العرض هو النفس، ولا يجوز إلا هذا؛ لأن الإنسان نفسه ممدوحة مذمومة، مسبوبة محبوبة، والمغلب على النفس حق الآدمي كذلك الواجب[(٢)] بالجناية عليه.

يبينه: إنه بالقذف ألصق به عارًا وشينًا وَمَزَّقَ له بلسانه عِرضًا فصار كالجرح، والقتل الذي هو شين[(٣)] وتمزيق لصورة البُنية ويمكن أن يقال: أن[(٤)] تمزيق (عرض من إنسان فوق شق وجرح)[(٥)] في صورة جلده[(٦)]، ومنه قول الشاعر:

جراحات السِّنان لها التيام ... ولا يلتام ما جرح اللسان

ثم الواجب هناك (هو)[(٧)] حق الآدمي، كذلك هاهنا ونعيّن فصل الجرح بالإلزام حتى لا يدخل عليه قولهم في النفس «إن الكفارة قد وجبت لحق الله

---

(١) هذه الأبيات من قصيدة قالها يوم فتح مكة ومطلعها:

ذات الأصابع فالجواءُ ... إلى العذراء فمنزلها خلاءُ

ينظر: الديوان: ص١٨.

(٢) في (ز): في الواجب.

(٣) في (ز): شقّ.

(٤) في (ز): أنه.

(٥) في (ز) ك فهو شق وَحَزّ.

(٦) في (ز): زيادة (كالحز والضرب).

(٧) زيادة من (ز).




تعالى»[1]، وعلى أنا وأن تعلقنا بقتل النفس فهو صحيح أيضًا لأنا ادّعينا أن حق الآدمي في النفس أكثر وأغلب وقد تحقق ذلك بإيجاب مائة من الإبل للآدمي، وإيجاب رقبة واحدة لله تعالى. ونستدل في المسألة من حيث الحكم بفصل المطالبة فنقول: لما وقف إقامة حد القذف على طلب الآدمي دل أنه حقه.

يبينه: أنه يقول: «قذفني ولي عليه حد القذف»، والشهود يشهدون بذلك على هذا القول فلما أقر على هذا القول في الشرع، وتمكن من إقامة البينة عليه دل أنه حقه مثل القصاص، وبهذا فارق فصل القطع في السرقة لأنه لا يمكن أن يقول: لي قطع عليه قطع اليد، ولو قال ذلك وأقام البينة عليه لم يُسمَع، وإنما حقه المال ثم الإمام يستوفى القطع حقا لله.

ونستدل على أصولهم: بأنه لا يسقط بتقادم العهد[2] ولو كان حق الله لسقط كحد الزنا.

❁ **أمّا حجّتهم:**

قالوا: حد يتنصف بالرق ويكمل بالحرية، فيكون حقًا لله كحد الزنا وحد شرب الخمر وهذا لأن حق الآدمي لا يجوز أن يختلف برقّ الجاني وحُرّيته؛ لأن الجناية ومحلها لا تختلف برق الجاني وحريته، وأما حق الله فيجوز أن يختلف بذلك؛ لأن نعمَ الله على الحر أكثر منها على العبد وإذا كثرت النعمة عظمت الجناية منه؛ لأن المعاصي جنايات بمخالفة الأمر ومن

(١) في (ز): لله تعالى.

(٢) ينظر: المبسوط: ٥٨/٧، بدائع الصنائع: ٢١٥٣/٥.

حيث كفران النعم أيضًا فلما[1] كانت النعم أكثر كانت الجناية أقبح وأفحش والكفران أشد وأعظم، وإذا كانت النعمة أقل كان على عكس ذلك، ولهذا[2] وجب الرجم على الزاني المحصن، والجلد على الزاني غير المحصَن؛ لأن نعم الله على المحصَن أكثر، فكانت الجناية منه أفحش وأكبر، وعلى غير المحصن أقل، فكانت الجناية منه أقل وأنقص.

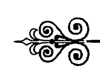
قالوا: ولأن الواجب حد زاجر، وذلك في موضع[3] الواجب لله؛ لأن الزواجر لله تعالى لتبقى حدود الدين مصونة غير مهتوكة، وأما الواجب للآدمي فهو ما يكون على طريق الجبر، وذلك بإيجاب المثل ولا مماثلة بين الحد والقذف، فلم يصلح أن يكون واجبًا للعبد.

قالوا: وأما القصاص فهو مثل بمثلٍ، وقد حصل[4] الجبرية؛ لأنه حياة والفائت حياة، فقد حصلت إقامة حياة مقام حياة، ولزمنا اعتقاد هذا بنص الكتاب، وإن لم يُعقَل معناه، وعلى أنا قد بيّنا المعنى فيه في مسألة موجب العمد[5].

واستدلوا أيضًا، وقالوا: حرمة القذف تبع لحرمة الزنا؛ لأنه نسبة إليه وإنما يحرم بحرمته حتى لو كان بوطء حلالًا لم تحرم النسبة إليه، ثم الواجب هناك حق الله، كذلك هاهنا، وربما يقولون: حد القذف بتهمة الزنا وحقيقة

---

(١) في (ز): وكلما.
(٢) في (ز): ولهذا المعنى.
(٣) في (ز): الموضع.
(٤) في (ز): حصلت.
(٥) ينظر: ٦/٦٧ من هذا الكتاب.




الزنا توجب الحد حقًا لله تعالى، وكذلك الاتهام بالزنا.

[٢٥٧/أ] قالوا: ولأنه يستوفيه الإمام الذي يستوفى حقوق الله ولو كان حق الآدمي[١] لكان استيفاؤه مفوضًا إليه كالقصاص، ولأنه لا يباح قذفه وإن أباح من قِبَلِهِ ولو قذف بعد أن أباح له ذلك وجب الحد ولأنه تسقط حرمته في نفسه بالزنا، ولا يباح قذفه ولو كان حقه لسقط بسقوط حرمته في نفسه.

وقولهم: إن محل الجناية نفسه، ليس كذلك؛ لأن العِرض غير النفس والنفس غير العِرض والنفس محل القتل والجرح، والعِرض محل القدح والمدح وهما غَيرانِ، ولأنّا وإن سلمنا أن فيها[٢] حق الله وحق الآدمي فقد انضم جنايتان أُخراوان[٣] على حق الله إلى هذه الجناية، وهو الكذب وإشاعة الفاحشة، (فكثرت الجناية على حق الله غالبة لكثرتها والجناية على حق الآدمي مغلوبةٌ لقلتها)[٤]، فثبت ما ادّعينا.

قالوا: وأما شرط المطالبة إنما كان لأنه تعلق به حق الآدمي وإن كان مغلوبًا بحق الله فشرط طلبه لثبوته، وهذا لأنه لما تعلق به حق الآدمي فلابد له من أثر في الشرع، وأثره في الشرع هو وقوف استيفائه على طلبه، وأما عدم السقوط بتقادم العهد فهو بناء على هذا فإن حد الزنا إنما يسقط بتقادم العهد في البيّنات؛ لأن الشهادة فيه تقام حسبةً فإذا[٥] أخرّوا أداء الشهادة فالظاهر

---

(١) في (ز): للآدمي.
(٢) في (ز): فيهما.
(٣) في (ز): أخريان.
(٤) العبارة في (ز) هكذا: «وكثرت الجناية على حق الله تعالى فَغُلب على حق الآدمي، فصارت الجناية على حق الآدمي مغلوبة لقلتها والجناية على حق الله غالبة لكثرتها».
(٥) في (ز): فإن.




أنهم اختاروا الستر فإذا شهدوا بعد ذلك فالظاهر أنه حملهم عليها حقدٍ وضغنٍ وشهود الضِّغن غير (مقبول شهادتهم)[1]، فأما في حد القذف فإنه يقف إقامة البينة على طلب المقذوف ولا يقبل فيه الشهادة حسبة فلا يوجد فيه تهمة الضغن فلهذا المعنى افترقا.

❁ **الجواب:**

أما تعلقهم بالتنصيف بالرق فيدخل عليه النكاح والطلاق، وأحسن ما يدخل عليه موجب جناية الخطأ فإنه لو قَتَلَ حرٌ رجلًا خطًا وجبت دية كاملة ولو كان القاتل عبدًا وجبت[2] قيمة العبد وربما تكون القيمة شيئًا قليلًا فإن[3] قالوا: أن الرق هناك لا يعمل في تنصيف الواجب إنما يعمل في تغيير الواجب، فإن الواجب على الحر الدية، والواجب في جناية العبد رقبته فيؤمر بدفع الرقبة إلا أن يفديها بالأرش الواجب أو الدية الواجبة، وإنما لم نوجب[4] الدية؛ لأن الدية إذا وجبت وجبت في ذمة الجاني أو العاقلة، والعبد لا عاقلة له، وذمته ضعيفة بالرق، فلا يمكن إيجابها في ذمته، وإهدار الجناية لا يمكن فأوجبنا دفع الرقبة لهذا المعنى، والجواب أنّ هذا وإنْ كان تغييرًا (إلا أنه)[5] تغيير إلى الرق بالتخفيف ووجه التخفيف، ما سبق، فإذا[6] جاز التخفيف بالرق في حقوق الآدميين جاز التنقيص[7] بالرق في حقوقهم،

(١) في (ز): مقبولين.
(٢) في (ز): وجب.
(٣) في (ز): وإن.
(٤) في (ز): تجب.
(٥) في (ز): لكن.
(٦) في (ز): وإذا.
(٧) في (ز): التنصيف.

وقولهم: إن ذمته ضعيفة بالرق، فليس بشيء، وقد ذكرنا[1] في بيع رقبة العبد المأذون[2]، ثم المعنى في التنصيف بالرق، هو أن حد القذف لدفع الشَّين، وما يلحق[3] من الشَّين بقذف العبد دون ما يلحقه بقذف الحر؛ لسقوط حال العبيد عن الناس ودناءتهم في النفوس، وقلة المبالاة بقولهم بخلاف الأحرار، وهذا جواب معتمد يمكن تمشيته.

وأما الذي قالوه: إن حد القذف حد زاجر، فلا يكون حق الآدمي.

قلنا: ولِم والحد اسم للمنع، وكل[4] ما يمنع من الجناية يجوز أن يُسمّى حدًا، ونقول: إن القصاص يجوز أن يُسمّى حدًا، وقد ذكره أبو عبيد بهذا الاسم في بعض كتبه[5] والقصاص في غاية الإلزام[6] على هذا الفصل، فإنه واجب على طريق الزجر، ومع ذلك حق الآدمي والذي قالوا: وَجَبَ على طريق جبر الحياة[7]، فليس بشيء، وقد ذكرنا الكلام عليه في مسألة موجب العمد[8].

وأما تعلقهم بحد الزنا فيمكن أن يدفع، فيقال: إن[9] حد الزنا تمحّض لله، ولهذا تثبت[10] الشهادة عليه حسبة، وسَقَطَ عندهم[11] بتقادم العهد، فكل

---

(١) في (ز): ذكرناه.
(٢) ينظر: ٢/٢٥٠ من هذا الكتاب.
(٣) في (ز): يلحقه.
(٤) في (ز): فكلما.
(٥) ينظر: غريب الحديث ١/٣٠٧ مادة قصص.
(٦) في (ز): اللزوم.
(٧) في (ز): الجناية.
(٨) ينظر: ٦/٦٧ من هذا الكتاب.
(٩) ليست في (ز).
(١٠) في (ز): قبلت.
(١١) ليست في (ز).




عذر لكم(١) في اشتراك حق الآدمي مع حق الله في حد القذف، فهو عذرنا في التغليب، ثم الجواب إن الزنا ليس بجناية في حق المرأة، اللهم إلا أن يكرهها على الزنا، بل ربما يُعدّ إحسانًا وإنعامًا، وإنما هو جناية على حق الله بارتكاب محظورٍ بأصل الدين فكان الواجب حق الله على التمحض، فأما القذف فهو جناية على المقذوف قطعًا على ما سبق فأشبه الجرح والقتل.

وأما قولكم(٢): إنه ستوفيه الإمام.

قلنا: بلى(٣)، ولكن للمقذوف، (قالوا: لِمَ)(٤) لا يستوفيه المقذوف بنفسه؟.

قلنا: لأنه مقدّر [٢٥٧/ب] عددًا لكنه مجتهد فيه كيفيته(٥)؛ لأنه لابد من سوطٍ بين سوطين، وضربٍ بين ضربين، وتفريق على الأعضاء وترك الجمع في موضعٍ واحدٍ واتقاء زمان الحر والبرد، والمجتهد هو الإمام، فلهذا المعنى (يقف عليه)(٦).

وأما قولهم: إنه إذا أباح لا يُباح، يبطل(٧) بالقتل، وأما حد القذف فلا يجب مثل ما لو قال: اقتلني فقتله، لا يجب القصاص.

وأما قوله(٨): لو سقط(٩) حرمته في نفسه لا يباح قذفه.

---

(١) في (ز): لهم.
(٢) في (ز): قولهم.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): فإن قالوا.
(٥) في (ز): كيفية.
(٦) في (ز): وقف عليها.
(٧) في (ز): باطل.
(٨) في (ز): قولهم.
(٩) في (ز): سقطت.



قلنا: يباح إذا كان زانيًا، فأما إذا كان غير الزاني[1] فإنه إنما لا يباح؛ لأنه كذب، والكذب حرام بكل حال.

وأما قولهم: إن الجناية على حق الله أكثر.

قلنا: ليس الجناية في القذف إلا الجناية على النفس بهتكٍ مخصوصٍ، وأما الكذب فلا يُعرف حتى يُجعل جناية، ولأنه لو (تحقق كذبه)[2] بأن تحقق كونه مجبوبًا لم يجب الحد بالإجماع، وأما إظهار الفاحشة إذا كان صادقًا فيه يجوز بطريقه المشروع وهو إقامة[3] الشهادة عند الإمام، فليس فيه هتك حق الله، فسَقَطَ ما تعلقوا به. والله أعلم.

※ (مَسْألة):

إذا اعترف الرجل بوطء أمته وجاءت بولد لزمه نسبه من غير دعوة[4].

وعندهم: لا يلزمه نسبه[5] من غير دعوة[6]، والمسألة تُعرف بأن الأمة هل تصير فراشًا بنفس الوطء أم لا؟.

لنا:

الخبر المعروف في الباب وهو حديث منازعة[7] سعد وعبد بن زمعة

(١) في (ز): زانٍ وهو أولى.
(٢) في (ز): بأن قذف.
(٣) في (ز): بإقامة.
(٤) النكت: ورقة ٢٤٠/ب، المهذب: ٤/٤٥٨، الروضة: ٨/٣٤١.
(٥) زيادة من (ز).
(٦) فتح القدير: ٤/٣٦٣ ـ ٣٦٤.
(٧) ليست في (ز).

في[1] ولد وليدة زمعة، وقول عبد «ولد وليدة أبي» والوليدة هي: الأمة التي يطأها سيدها، وقال النبي ﷺ: **(هو لك يا عبد، الولد للفراش، وللعاهر الحجر)**[2]، والخبر نص.

وقد قال بعضهم: يحتمل أنها كانت أمّ ولده فلهذا[3] ألحق النسب به[4].

وقال: بعضهم: معنى قوله ﷺ: **(هو لك يا عبد)** يعني مُلكًا بدليل أنه قال ﷺ: **(واحتجبي منه يا سودة)**[5] وكلاهما ليس بشيء، أمّا الأول فلأنهم لا يقولون لأمّ الولد وليدة، ولأنه زيادة لم تُنقَل، ولأن النبي ﷺ قال: **(الولد للفراش)** وليس المراد به الفراش الذي يُبسَط ويُفرش، وإنما كني به عن الوطء الذي يكون في الفراش، وأما الثاني فباطل؛ لأن القضاء صادف ما تناوله الدعوى[6]، والتداعي إنما كان في النسب لا في الملك، فكيف يقضي بالملك؟، ولأنه ﷺ قال: **(الولد للفراش)** وهذا حكم بالنسب قطعًا، وأما قوله ﷺ: **(احتجبي منه يا سودة)** فقيل[7]: إنما قال ذلك لأنه رأى شبهًا بيّنًا بآل أبي وقاص فاحتاط لحليلته.

وأمّا[8] المعنى نقول: بالوطء باشر سبب الولد فيلزمه الولد.

---

(١) في (ز): و.
(٢) سبق تخريجه: ٢/٤٥٩ من هذا الكتاب.
(٣) في (ز): فلهذا المعنى.
(٤) في (ز): فيه.
(٥) سبق تخريجه: ٢/٤٥٩ من هذا الكتاب.
(٦) في (ز): تناولته.
(٧) في (ز): فقد قيل.
(٨) زيادة من (ز).

دليله: إذا تزوّج حرة وجاءت بولد لستة أشهرٍ وقد تمكن من وطئها، ونعني بالسبب في الفرع السبب المحسوس؛ لأن الوطء سبب الماء، والماء سبب الولد محسوسًا، ونعني بالسبب في الأصل السبب المشروع، بل المحسوس أقوى من المشروع.

والحرف: أن مباشرة الأسباب التزام لما وُضِعَ له السبب بدليل سائر الأسباب الشرعية، (فإن وطء الأمة باحتمال طلب الولد صار سببًا في ثبوت حرمة المصاهرة، والدليل على أنه باحتمال طلب الولد صار سببًا أن الأصل في التحريم هو البعضية، ثم أُلحق سبب البعضية بحقيقة البعضية على ما عُرِفَ، ووطء الأمة سبب البعضية باحتمال طلب الولد، وهم يدّعون أن الأسباب لا يُحتاط في إثباتها لاشتماله على المواجب المالية؛ ولأنه حق الآدمي بخلاف التحريم احتاط فيه بكل حالٍ لحق الشرع، وهذا جواب لا بأس به، وعندي أن المعتمد هو الأول وهو حقيقة المسألة)[1].

ويدل عليه: هو أن ولد الأمة مطلوب في الجملة، وإنما يطلب بالوطء ولا يُعْرَفُ له وجهُ طلب سواه، ألا ترى أن الإنسان لا يعرف من نفسه طلب الولد إلا بالوطء، ولا يعرف غيره منه هذا الطلب، إلا بالوطء فثبت أن الولد يكون بالوطء فإذا وطء الأمة فقد طلب ولدَها، وإذا تحقق الطلب وحصل المطلوب كان له، وإنما يكون له بثبوت النسب منه.

فإن قالوا: هذا إنما يستقيم أن لو عَرَفَ أن الولد من هذا الوطء ويجوز أن يكون منه، ويجوز أن يكون من غيره.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

قلنا: قد سبق دفع هذا السؤال فإنّا قلنا: إن الولد مطلوب في الجملة، ولا جهة لطلبه إلا الوطء، والتوهم الذي قلتم[1] لا يعتبر؛ لأنه لو اعتُبر بطل طريق الطلب لما بيّنا من[2] أنه لا يعرف من نفسه، ولا يُعرَف منه في هذا الطلب سوى الوطء.

يبينه: أن هذا الوطء ظَهَرَ[3] وعُرف ولا يُعرف وطء يُعارضه فيُحال بالولد على السبب الظاهر [٢٥٨/أ]، مثل مَنْ جرح إنسانًا ومات قبل أن يبرأ أُحيل بالموت على الجرح؛ لأنه السبب الظاهر، وإن كان يتوهم سبب آخر، ولكن يقال: إن الموهوم لا يعارض السبب[4] الظاهر المعروف[5]، كذا هاهنا.

فإن قالوا: هناك جرح مُشاهد أدّى[6] إلى الموت وليس هاهنا معنى مُشاهَد يؤدى إلى الولد.

قلنا: معرفة الوطء منه (مع وجود الولد لمدته)[7] كافٍ لكونه سببًا معتبرًا في ثبوت النسب؛ لأنه لا يتصور سوى هذا فَتَمّ هذا القدر في السببِية ولم يُطلب ما سواه ونزل منزلة الجرح في كونه سببًا للهلاك المودّي إليه.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: وطء الأمة معنى يحتمل طلب الولد وغيرَه فلا يثبت النسب بمجرده.

---

(١) في (ز): قلتموه.
(٢) زيادة من (ز).
(٣) في (ز): قد ظَهَرَ.
(٤) زيادة من (ز).
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): أفضى.
(٧) في (ز): ووجود الولد بمدته.

دليله: شراء الأمة ونعني بقولنا «يحتمل غيره» هو قضاء الشهوة، وهذا لأن المحتمل لا يكون حجة، فإن الوطء لو كان حجة في ثبوت النسب لكان لأنه يحتمل طلب الولد به، وقد عارض هذا الاحتمالَ احتمال آخر، وهو احتمال قضاء الشهوة والدليل مع المعارِض[1] لا يكون دليلًا، وأما[2] الاحتمال الذي ادّعينا فهو ظاهر لكل أحدٍ، فإن الإنسان قد يطأ الأمة لطلب الولد، وقد يطأ[3] لقضاء الشهوة، لا لطلب الولد، وكلاهما له مطلق جائز بدليل جواز العزل من غير حرج، ولا منع ولا تحريم ولا كراهية[4].

قالوا: وخرج[5] على هذا وطء المنكوحة؛ لأنه لا يحتمل إلا طلب الولد في الشرع، بدليل قوله ﷺ: **(تناكحوا تكثروا فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة (ولو بالسِّقط)**[6]**)**[7] فقد[8] نص على الولد.

ويدل عليه: أنه لا يجوز العزل عن المنكوحة فبطل الاحتمال الطبعي بالتعبير الشرعي وصار الحكم[9] له، وفي الأمة وُجِد الاحتمال طبعًا وقد جاء الشرع بتقريره على ما سبق.

يبينه: أن في المنكوحة لما تعيّن الوطء لطلب الولد أقيم سببُه مقامه في

---

(١) في (ز): التعارض.
(٢) في (ز): وأما.
(٣) في (ز): يطأها.
(٤) في (ز): ولا كراهة.
(٥) في (ز): ويخرج.
(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٧) سبق تخريجه في ص ٨.
(٨) في (ز): فهذا.
(٩) في (ز): لا حكم.

ثبوت الفراش وهو عقد النكاح فلو[1] تعيّن الوطء في الأمة لطلب الولد لوجب أن يقام سببه مقامه، وهو شراء الأمة، وحين (لا يقام)[2] بالإجماع عرفنا أنه غير متعين للولد.

قالوا: وقولكم: وُجِدَ سبب الولد، بلى، على جهة الاحتمال لا على جهة التعيين مثل شراء الأمة فلابد من التعيين لثبوت النسب، وعلى أنه سبب عند الإنزال، وعندكم لو وطء ولم يُنزل يثبت النسب فبطل التعلق بالسببية. واستدلوا (بالأحكام على)[3] أن الأمة لا تصير فراشًا بنفس الوطء وهي أنها لو صارت فراشًا لاستعقب زواله العدة كما في المنكوحة، وأمّ الولد ولكان يمتنعُ بيعَها على صاحب الفراش، كما في أمّ الولد ولكان لا ينتفي النسب بمجرد دعوى الاستبراء كما في المنكوحة، وقد قلتم: إنه لو وطء[4] امرأته المدخول بها، واعترفت بانقضاء العدة[5] بالأقراء، ثم جاءت بولدٍ لستة أشهر من يوم الاعتراف، يثبت نسب الولد، ووجود[6] الاستبراء بالأقراء لم يمنع ثبوت النسب فما بال دعوى الاستبراء في مسألتنا بنفي ثبوت النسب، فهذه مناقضة ظاهرة بينة.

❁ **الجواب:**

أما قولكم: إن الوطء معنى يحتمل[7] ....

---

(١) في (ز): ولو.
(٢) في (ز): لم يقم.
(٣) في (ز): بأحكامٍ في.
(٤) في (ز): طلق.
(٥) في (ز): عدتها.
(٦) في (ز): ووجوب.
(٧) في (ز): محتمل.

(طلب الولد وغيرَه)[1] يقال لهم: ما قولكم في الوطء الذي زال الاحتمال فيه بأن اعترف بالوطء والإنزال؟. فإن[2] قالوا: لم يثبت النسب (ما لم يدع)[3].

قلنا: إذا[4] كان المانعُ من ثبوت النسب هو الاحتمال فإذا (انقطع الاحتمال وجب)[5] أن يثبت النسب.

فإن قالوا: ما قولكم: إذا اعترف بالوطء مع العزل، وفي هذه الصورة نقطع إنه لم يطلب الولد.

قلنا: قد مَنَعَ الشيخ أبو سهل رحمه الله هذه الصورة، وقال: لا يثبت النسب ما لم (يكن اعتراف)[6] بالوطء والإنزال. وظاهر المذهب التسليم ووجه الكلام في هذه الصورة هو أن الشرع أعرض عن العزل وجعل وجوده وعدمه بمنزلة واحدة في خلق الولد، فإنه ثبت الخبر أن النبي عليه السلام سُئل عن العزل: **(ما من نسمة قدّر الله تعالى كونها إلا وهي كائنة، فاعزلوا أو لا تعزلوا)**[7] وإذا ثبت بالنص هذا، صار الاعتبار بنفس الوطء.

ثم الجواب فقهًا: أنا لا نسلم الاحتمال شرعًا لأن الوطء لم يُحلِّل في الشرع إلا لطلب لولد وسواء في ذلك الحرائر والإماء، وقضاء الشهوة تبع،

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): فإن.
(٥) في (ز): جاء انقطع الاحتمال يجب.
(٦) في (ز): يعترف.
(٧) رواه البخاري في صحيحه ٩/٣٠٥ مع الفتح رقم ٥٢١٠.




(ولهذا المعنى لم)[1] يحلّ إلا في موضع طلب الولد، ونقول وطء في القُبل فيكون تحليله لطلب الولد.

دليله: وطء المنكوحة.

يبينه: أن اختلاف المطلوب مع اتحاد الفعل (واتحاد المحل)[2] في غاية [٢٥٨/ب] البعد ونهايته، وأما جواز العزل في الإماء وعدم جوازه في الحرائر لم يكن لما قلتم، بل لأن للحرة حقًا في الوطء لا يوجد مثله للأمة والإنزال من تمام الوطء فلم يجز ترك الإنزال في الحرة، إلا بإذنها لحقها، وجاز في الأمة العزل بغير إذنها (لسقوط حقها)[3] حتى لو أذنت الحرة في العزل لم يكره، وأما أصل العزل فقد أجبنا عنه، وقلنا: إن الإنزال قد أعرض عنه الشرع في حق الأولاد.

ويمكن أن يجاب عن أصل الطريقة بجواب آخر، فيقال: سلمنا أنه محتمل، ولكن احتمال طلب الولد كافٍ لثبوت النسب؛ لأن النسب يحتاط في إثباته، ولهذا يثبت بالشبهات، ولأن في إثبات النسب صيانة النفوس وعصمة الدماء[4]، فإن الأولاد إذا بطلت أنسابهم من[5] الآباء ضاعوا لأنهم يصيرون كَلًا على الأمهات، والأمهات عاجزات، وقد اتفقنا أن الدماء يُحتاط في صيانتها فأشبه فصل النسب فصل تحريم الصهرية، فإن وطء الأمة باحتمال

---

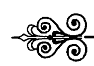
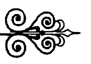
(١) في (ز): ولذلك لا.

(٢) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٣) في (ز): لحقها.

(٤) في (ز): للدماء.

(٥) في (ز): عن.

طلب الولد صار سببًا في ثبوت حرمة المصاهرة، والدليل على أنه باحتمال طلب الولد أن الأصل التحريم هو البعضية ثم أُلحق سبب البعضية بحقيقة البعضية على ما عُرِفَ من قبل، ووطء الأمة سبب البعضية باحتمال الولد، وهم يقولون[١]: إن الأنساب لا يحتاط في إثباتها لاشتماله[٢] على المواجب المالية، ولأنه حق الآدمي بخلاف التحريم يحتاط فيه بكل حال لحق الشرع، وهذا جواب لا بأس به، وعندي أن[٣] المعتمد هو الأول وهو حقيقة المسألة، وأما المسائل التي تعلقوا بها أما الأول فعندنا فراش الأمة قط لا يوجب العدة، وإنما يُوجب الاستبراء على ما سيأتي من بعد وفي هذا الموضع وَجَبَ الاستبراء حتى إذا أراد أن يزوجها وَجَبَ الاستبراء، وإذا[٤] باعها وَجَبَ الاستبراء.

وأما تعلقهم بحرمة البيع فليس حرمة البيع في أم الولد لوجود فراش النَّسب، إنما هو لحرمة الولد، وقد بيّنا في[٥] مسألة أمهات الأولاد، فلا جَرَمَ في الأمة إذا جاءت[٦] بولد، وثبت النسب وحكمنا بعتقه منعنا بيع الأمّ، وأوجبنا لها حق الحرية، وجعلناها أمّ ولدٍ له، مثل سائر أمهات الأولاد.

وأما قولهم: إن النَّسب ينتفي بدعوى الاستبراء.

قلنا: إنما كان كذلك ليكون للمولى طريق لنفي نسب الولد منه إذا علم أنه ليس منه، وفي المنكوحة له طريق، وهو اللعان، وهاهنا لَا لِعَانَ، فيبقى

(١) في (ز): يدّعون.
(٢) في (ز): لاشتمالها.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): ولو.
(٥) في (ز): هذا في.
(٦) في (ز): أتت.




طريق[1] دعوى الاستبراء، وهذا طريق صحيح؛ لأنه يمحو[2] أثر الماء ويُجعل الوطء كأن لم يكن ويعود حالها كما كان قبل الوطء، وأما المسألة التي ادّعوا علينا المناقضة فيها، فقد أمكن النفي باللعان فلم يكتف بدعوى الاستبراء؛ لأنه مع دعوى الاستبراء يجوز أن يكون (الولد منه)[3]، وأما قياسهم على أصل شراء الأمة فالتخريج سهل؛ لأن الشراء ليس بسبب الولد[4]، وإنما هو في الوضع سبب لطلب المال، ولهذا المعنى صح في موضع طلب الولد وغيره موضعه، وأما الوطء في الأصل مشروع لطلب الولد في أي موضع يوجد[5]، ويمكن أن يقال إن الشراء إذا اتصل به حقيقة (الوطء نُزّل منزلة النكاح الذي يراد به الوطء شرعًا، وإيصاله به حقيقة)[6] فوق[7] إيصاله به شرعًا. والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

فراش النسب لا يثبت بمجرد النكاح ما لم يتصل به إمكان الوطء[8].

(وعندهم لا يشترط إمكان الوطء)[9][10].

---

(١) في (ز): من الطرق.
(٢) في (ز): ينسخ.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): للولد.
(٥) في (ز): وجد.
(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٧) في (ز): فرع.
(٨) النكت: ورقة ١٤١/أ.
(٩) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(١٠) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٦٥١، المبسوط: ٦/٥٠، البحر الرائق: ٤/١٦٩.

وصورة الخلاف في المغربية والمشرقية والرجل في القطر الثاني.

لنا:

أن الولد ليس منه قطعًا فلا يثبت نسبه منه.

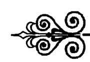
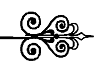
دليله: امرأة الصبي إذا جاءت بولد.

يبينه: أنه لو (قام دليل شرعي باللعان على أن الولد ليس منه انتفى النسب منه فإذًا)[1] قام دليل قطعي أنه ليس منه وهو في مسألتنا أولى[2] أن ينتفي منه.

يدل عليه: أنه إذا جاز أن يثبت النسب في مسألتنا مع قطعنا أن الولد ليس منه فقولوا[3]: وإن قام دليل اللعان على نفي النسب، لا ينتفي النسب، وهو أولى؛ لأن جواز أن يكون الولد[4] منه موجود في اللعان، وهذا لأن الأصل في إثبات (الأنساب للأولاد)[5] من الآباء لأنهم[6] منهم على معنى (أنه خُلقت الأبناء)[7] من مياههم، وهو معنى قوله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾[8] أي: ممن خلق من مائه، وقال الله تعالى

---

(١) في (ز): أقام دليلًا شرعيًا باللعان على أنه ليس عنه انتفى الولد من الأصل وإذا...
(٢) في (ز): الأولى.
(٣) في (ز): فقولوا به.
(٤) في (ز): ليست في (ز).
(٥) في (ز): أنساب الأولاد.
(٦) في (ز): كونهم.
(٧) في (ز): أنهم خلقوا.
(٨) سورة الفرقان، آية: ٥٤.

في ذكر آدم وحواء عليهما السلام: ﴿وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً﴾[1] ولأنا إذا أعرضنا عن هذا لم يكن شخص أولى بنسب ولدٍ من شخصٍ آخر، وكان[2] أن يدّعي كل واحد نَسَبَ من شاء، ويقطع نَسَبَ من شاء، وأدّى ذلك[3] إلى أن لا يعرف أحدٌ [٢٥٩/أ] أباه، ولا[4] جدّه، وفي هذا من الفساد[5]، وهتك معالم الدين، ما لا يخفى، وحكايته مُغنية عن الكلام عليه.

❁ وأمّا حجّتهم:

قالوا: الأصل في النسب هو الماء على ما زعمتم، لكنه أمر باطن لا (يمكن الوقوف)[6] عليه، وكذلك الوطء يخفى عند[7] الناس وإن كان ظاهرًا عندي، الواطئ، والنسب أمر يشيع في الناس ويقصد به الثبوت على الاستشهاد[8]، فلا يمكن تعليقه[9] بالماء ولا بالوطء، فنقلنا[10] إلى السبب الظاهر وهو النكاح وأدرنا الحكم عليه وجودًا وعدمًا، ونظيره السفر مع المشقة في رخصة السفر، والبلوغ مع اعتدال العقل في بناء الخطاب عليه، واستحداث الملك في أمر الاستبراء مع الماء وربما يقولون[11] في التمسك

(١) سورة النساء، آية: ١.
(٢) في (ز): ولجاز.
(٣) زيادة من (ز).
(٤) في (ز): أو.
(٥) في (ز): القباحة.
(٦) في (ز): يوقف.
(٧) في (ز): عن.
(٨) في (ز): الاشتهار.
(٩) في (ز): تعلقه.
(١٠) في (ز): فنقلناه.
(١١) في (ز): يبالغون.

بالاستبراء، وإلزامه على كلامنا، ويقولون: قد رأيناه واجبًا مع عدم الماء قطعًا، وهو إذا اشترى جارية بكرًا أو من امرأة قالوا: وأما إمكان الوطء غير[1] معتبر؛ لأنه لو اعتُبر إمكانُه لأعتُبر وجوده حقيقة، فإن[2] سبب الولد الذي يصلح له هو[3] الوطء لا الإمكان، فإذا ثبت وجود السبب ثبت النسب، ثم قد جعل الشرع طريقًا في الخلاص (عن هذا الولد)[4]، وذلك باللعان، فإذا[5] أراد التخلّص منه يقال له: لَاعِنَ وإلا فقد لزمه[6].

قالوا: وأمّا الصبي فإنما لم يثبت النسب منه لمعنىً فيه، وهو فقدُ أهلية السبب، وفي[7] مسألتنا وُجدت[8] أهلية ثبوت[9] النسب من الزوج واتصل به السبب فلم يكن لعدم الثبوت[10] معنىً.

❁ **الجواب:**

أمّا النقل إلى السبب الظاهر وهو النكاح فلا ننكره، ولكن بشرط الإمكان؛ لأن الدليل قد قام على وجود الإعراض عن حقيقة الوطء لكتمه[11]

---

(١) في (ز): فغير.
(٢) في (ز): لأن.
(٣) ليست في (ز).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): وإذا.
(٦) في (ز): لزمك.
(٧) في (ز): وأما في.
(٨) في (ز): فوجدت.
(٩) ليست في (ز).
(١٠) في (ز): ثبوته.
(١١) في (ز): لبطونه.

وخفائه، وأما[١] الإمكان فيمكن اعتباره، فوجب اعتباره وإنما اعتبرنا[٢] لكي لا يؤدّي إلى إسقاط الماء الذي هو الأصل في خلق الولد بكل حال، وإنما[٣] أعرضنا عن وجوده حقيقة لوجود الحرج العظيم في اعتباره، فأما إمكان الماء فلا حرج في اعتباره، فاعتبرنا[٤] ليوجد الماء اعتبارًا إن لم يوجد حقيقة، بل نقول: إذا أمكن الوطء وُجِدَ توهم الماء وقد يَشِق[٥] في الشرع وجوب الاحتياط في إثبات الأنساب بدليل إثباته بالشبهات فثبت هاهنا بمجرد التوهم وبحمل أمر الزوج على أنه قد وطئ المرأة وأصاب منها فيكون الماء قد وُجد اعتبارًا بدليله وإن لم يوجد حقيقة[٦]، ثم إذا عرف الرجل أنه ليس منه ينفيه بطريقه وهو اللعان، وأما فيما[٧] قالوه إعراض[٨] عن الماء الذي هو الأصل بكل وجهٍ من غير حاجةٍ إلى الإعراض عنه اعتبارًا وإن مست الحاجة إلى الإعراض حقيقة، وهو كلام باطل؛ لأن[٩] الأصول التي تبتنى عليها الشرعيات لا يجوز الإعراض عنها أصلًا، وفي تطريق المجتهدين إلى أمثال[١٠] هذا هدم قوانين الشرع، وقواعده.

---

(١) في (ز): فأما.
(٢) في (ز): اعتبرناه.
(٣) في (ز): فإنا إنما.
(٤) في (ز): فاعتبرناه.
(٥) في (ز): استقر.
(٦) في (ز): يقينًا.
(٧) في (ز): ما.
(٨) في (ز): فإعراض.
(٩) في (ز): فإن.
(١٠) ليست في (ز).

فإن قالوا: قد اعتمدتم على الإمكان وهو باطل؛ لأن[1] الإمكان من جهة الزوج عَارَضَه إمكان آخر (وهو)[2] من جهة الأجنبي، فإنه يجوز أن يكون الولد من قِبَلِ الأجنبي لا من قِبَلِ[3] الزوج، والإمكان فيهما واحد، فسقط التعلق بالإمكان بهذه المعارضة.

قلنا: لا معارضة؛ لأنه وُجِدَ لوَطء الزوج سبب ولم يوجد لوطء الأجنبي سبب، ولا معارضة بين ما وُجِدَ سببه وبين ما لم يوجد فإذا[4] سقطت المعارضة بين الإمكانين صارت العبرة لإمكان الزوج واعتباره في إثبات النسب معنوي على ما سبق بيانه، فصار الحكم له، وأما المسائل التي أوردوها ففي كل هذه المسائل توهم المعاني المثبِتَة لهذه الأحكام في الأصل موجود، فإن المشقة في الأسفار ظاهرة، وكذلك اعتدال العقل عند البلوغ ظاهر، وإن لم يعرف[5] حقيقة، فالتوهم موجود، وفي مسألة الاستبراء توهّم الماء موجود، وإن كان البائعُ امرأةً (يجوز أنها وُطئت بالشبهة)[6]، (وكذلك في البكر توهم الماء موجود لأنها)[7] لا نعلم أنها بكر قطعًا، ويجوز[8] أن يكون الماء يسبق إلى رحمها من المولى أو غيره، بشبهةٍ وَحَبَلَتْ، (وهي)[9] على

(١) في (ز): فإن هذا.
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): وإذا.
(٥) في (ز): يُعلم.
(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٧) في (ز): وكذا مع البكارة؛ لأنا.
(٨) في (ز): ويمكن.
(٩) ليست في (ز).

البكارة، وأما[1] في مسألتنا فقد بيّنا أن فوات الماء (هاهنا)[2] من القطعيات، ومسألة الصبي لازم[3].

وقولهم: إنه ليس من أهل ثبوت النسب.

قلنا: إنما خرج من هذه الأهلية لفقد الماء، وهاهنا (فُقِد قطعًا ويقينًا)[4] فكان مثله. والله أعلم بالصواب [٢٥٩/ب].



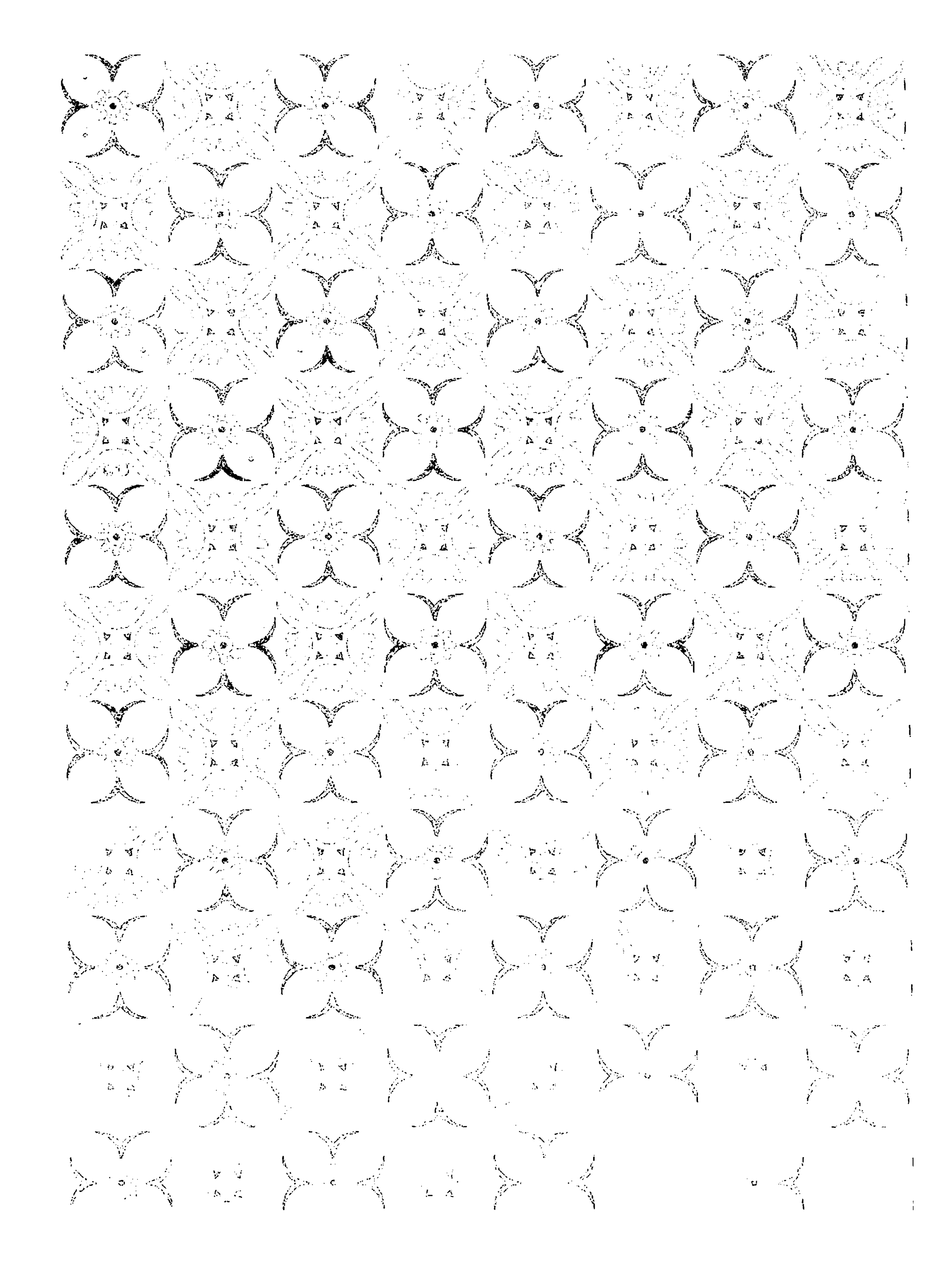
---

(١) في (ز): فأما.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): لازمة.

(٤) في (ز): قد قطعنا بفقده يقينًا.






كِتَابُ الْعِدَّة

※ (مَسْأَلَة):

العدة عندنا بالأطهار[١]، وهو قول ابن عمر[٢] وعائشة[٣] رضي الله عنهما، وبه قال مالك[٤]، وأهل الحجاز. وعندهم: هي بالحيض[٥]، وهو قول عمر[٦] وجماعة، وبه قال أهل العراق[٧].

لنا:

قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[٨] معناه لزمان عدتهن وإنما يُباح الطلاق في الطهر، دل أنه زمان العدة فإن قالوا: المراد بالآية بيان عدة الإيقاع لا بيان عدة الطلاق الواقع.

قلنا: العدة واحدة وهي العدة المشهورة المعروفة، ومعنى الآية زمان

---

(١) المهذب: ٤/٥٣٣، الروضة: ٨/٣٦٦، المنهاج شرح مغني المحتاج: ٣/٣٨٥.

(٢) الجامع لأحكام القرآن: ٣/١١٣.

(٣) الجامع لأحكام القرآن: ٣/١١٣.

(٤) الجامع لأحكام القرآن: ٣/١١٣، ١١٦.

(٥) الأسرار: ٢/٣٤٢/أ عارف حكمت، الهداية مع فتح القدير: ٤/٣٠٨، المبسوط: ٦/١٣، بدائع الصنائع: ٤/١٩٨١.

(٦) فتح القدير لابن الهمام: ٤/٣٠٨، الجامع الأحكام القرآن: ٣/١١٣.

(٧) فتح القدير لابن الهمام: ٤/٣٠٨، الجامع الأحكام القرآن: ٣/١١٣.

(٨) سورة الطلاق، آية: ١.

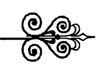



عدّتهن (كذا قال)[1] أهل التفسير[2]، ومعنى زمان أهل[3] العدة أنه الزمان الذي تعتد به المطلقة عند وجوب العدة وهو الطهر، فهو عدة بعد[4] الطلاق، وكان العدة بعد الطلاق بالإجماع، ونستدل بقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾[5] وقوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ﴾ خبر بمعنى الأمر وهو محمول على الفور والتعجيل؛ لأنه لا يجوز للمرأة أن تؤخِّر أداء العدة باتفاق الأمة، فاقتضت الآية أنها إذا صارت مطلقة لزمها الاعتداد عقيبها والاعتداد إنما يكون بزمان يقع به الاحتساب عن العدة، فأمّا ما لا يقع به احتساب عن العدة فلا يكون به اعتداد.

وتحقيقه: إن العدة إنما[6] تكون بزمان مقدرٍ معلومٍ، والأصل أن الزمان إذا تقدَّر شرعًا وتعجّل الشروع فيه وقع[7] الاحتساب بما مضى فيه مثل مدة الإجارة ومدة الإيلاء، ومدة العِنَّة وغيرها. وإذا ثبت هذا الأصل فنقول: إنما يُعتبر تحقيق هذا في سببٍ مباحٍ، فأمّا في سببٍ محظورٍ منهي عنه فلا، والطلاق إنما يُباح في زمان[8] الطهر، فوجب أن يستعقب زمان الاحتساب عن العدة، وليس ذلك إلا أن[9] يكون الاعتداد بالطُهر، فأمّا إذا

---

(١) في (ز): كذلك قاله.
(٢) الجامع لأحكام القرآن: ٣/١١٥.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): قبل، وهو خطأ.
(٥) سورة البقرة، آية: ٢٢٨.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): ووقع.
(٨) في (ز): حالة.
(٩) في (ز): بأن.




جعلنا[١] بالحيض فلا يوجد هذا. ونقول: طلاق مباح إيقاعه فلا يتأخّر عنه زمان الاحتساب.

دليله: طلاق الآيسة والصغيرة. فإن قيل: قد استعقب الاعتداد لأن عندنا شروعها في العدة قد حصل، ولهذا المعنى تؤمر باجتناب المحظورات.

قلنا: قد ذكرنا أن الواجب وجوده عقيب الطلاق زمان الاحتساب وعندهم لا احتساب إلا بالحيض، وأما[٢] الطهر فلا احتساب به أصلًا، وإنما وجوده ضرورة فإن الحيضتين لابد أن يتخللهما طُهر ولذا المعنى يكون عندهم هذا الطهر وجوده وعدمه بمنزلة[٣].

وقولهم: إنا نقول: شرعت في العدة.

قلنا: بلى، ولكن شروع بلا تأدية ولا احتساب فتكون مناقضة بائنة[٤].

فإن قيل[٥]: يجوز أن يُشرَعَ في الشيء ويتأخر أداؤه بمنزلة[٦] الحج.

قلنا: إنما[٧] تأخّر (لأداء الضرورة وهو أن)[٨] أفعاله تؤدّى في أماكن متفرقة ولا يتصور جمعُها في مكانٍ واحدٍ، وأما[٩] في مسألتنا لا[١٠] ضرورة

---

(١) في (ز): جعلناه.
(٢) في (ز): فأما.
(٣) في (ز): بمثابة واحدة.
(٤) في (ز): تامة.
(٥) في (ز): قالوا.
(٦) في (ز): كما في.
(٧) في (ز): في الحج إنما.
(٨) في (ز): ادؤه للضرور لأن.
(٩) في (ز): فأما.
(١٠) في (ز): فلا.

في التأخير، وقد[1] تَمّ السبب واتصل به الشرط فوجب أن لا يتأخر المسبب إلا بدليل (يوجب التأخير)[2] ينزل منزلة الضرورة، ولا دليل على التأخير (فلم يتأخّر)[3][4].

يبينه: أنا قد ذكرنا أن الاعتداد بزمانٍ مقدَّرٍ شرعًا، ولا يتصور الشروع في زمانٍ مقدرٍ إلا وإذا مضى جزءٌ منه، انتقص من الزمان المقدّر بقدر ما مضى[5] منه، وعلى هذا[6] لا يدخل فصل الحج، وإنما نظير مسألتنا مدة العِنّة ومدة الإيلاء، وهم يزعمون أنه قام هاهنا دليل التأخير وسنبين كلامهم ونجيب، وفي المسألة كلام كثير للأصحاب تركنا ذلك[7]، وأمّا الاعتمادُ على هذا الفصل الواحد وهو في غاية القوة.

۞ وأمّا حجّتهم:

تعلقوا بفصلين معتمدين لهم[8]: أحدهما: مستخرج من ظاهر الكتاب، والآخر من حيث المعنى. أما الأول قالوا: قال الله تعالى: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ﴾[9] يقتضي ثلاثة قرؤ كوامل مثل قول القائل: ثلاثة شهور،

(١) في (ز): فقد.
(٢) في (ز): موجب للتأخير.
(٣) ليست في (ز).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): يمضي.
(٦) في (ز): هذا التقدير.
(٧) في (ز): ذكره.
(٨) ليست في (ز).
(٩) سورة البقرة، آية: ٢٢٨.




وثلاثة سنين، ولا يوجد القرؤ الكامل بالطلاق المباح إلا إذا جعلناها بالحيض، فأما إذا جعلنا[1] بالأطهار يوجد قرؤان وبعض الثالث فإنه إذا طلقها في الطهر فالباقي عندكم محسوب من العدة عن قرءٍ وليس بقرءٍ كاملٍ، لأن الطهر الذي هو القرؤ عندكم هو الطهر الذي يحيط الدم بطرفيه، ولم يوجد هذا[2] بعد الطلاق لأن الدم في أحد الطرفين وإن لم يوجد بعد الطلاق [٢٦٠/أ] فالدم في الطرف الآخر وُجد قبل الطلاق، وأما[3] على أصلنا فلا يجوز الاحتساب إلا بثلاث حيض كوامل عن العدة.

يبينه[4]: أن القرء في العدة لا يتبعض ولا يتجزأ بدليل قول عمر رضي الله عنه في (هذه الآية)[5] **(لو استطعتُ أن أجعلها حيضة ونصف لجعلت)**[6] وإذا لم يتبعض ولم يتجزأ فلم يقع[7] الاحتساب بما بقي من الطهر؛ لأنه لو اُحتسب به لاحتسب ببعض القرء، وذلك تبعيض وتجزيئة له[8].

وأما الفصل الثاني وهو المعتمد عليه من حيث المعنى قالوا: العدة

---

(١) في (ز): جعلناه.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): قالوا وأما.

(٤) في (ز): ثبت.

(٥) في (ز): عدة الأمة.

(٦) رواه البيهقي في سننه: ٤٢٦/٧، ولفظه: (لو استطعت أن أجعل عدة الأمة حيضة ونصفًا لفعلت، فقال رجل: يا أمير المؤمنين فاجعلها شهرًا ونصفًا، قال: فسكت). وينظر: تخريجه في: التلخيص الحبير: ٢٣٣/٣.

(٧) في (ز): لم يجز.

(٨) ليست في (ز).

وجبت لإظهار براءة الرحم فيتعيّن لها الحيض قياسًا على استبراء المماليك وإنما قلنا: إن العدة وجبت لإظهار براءة الرحم، وذلك لأنا أجمعنا أن العدة بالأقراء لا تجب إلا بعد الدخول، وهو دليل قاطع في أن استبراء الرحم أصل، ألا ترى أن في عدة الوفاة لما لم يكن الأصل فيه استبراء[1] الرحم كانت بالشهور.

قالوا: وبهذا يتبيّن أن معنى العبادة تبع لاستبراء الرحم؛ لأنه لو كان أصلًا لكان بالشهور منها أولى منها بالأقراء.

ويدل عليه: أنه يجب على الذّميّة والكفر ينافي مباشرة العادة، فدل أن الأصل هو استبراء الرحم فإن معنى العبادة فيه تبع فيكون بالحيض دون[2] الأطهار لأن الحيض عَلَمٌ على براءة الرحم في الشرع بدليل قوله ﷺ: **(لا توطأ الحامل حتى تضع ولا الحائل حتى تستبرأ بحيض)**[3] فجعل الحيض في موضع وضع الحمل ووضع الحمل عَلَمٌ على براءة الرحم، كذلك الحيض، ولأن الحامل لا تحيض عندنا[4]، وعلى أحد قوليكم[5]، وعلى القول الثاني[6]: إن حاضت يكون على الشذوذ والندور، فدل أن الحيض عَلَمٌ على براءة الرحم، والطهر ليس كذلك لأنه يوجد مع اشتغال الرحم بالماء بل يكون كذلك بكل حال.

---

(١) في (ز): براءة.

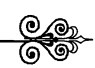
(٢) في (ز): لا.

(٣) رواه أبو داود في سننه: ٦١٤/٢ رقم (٢١٥٧) مع المعالم.

(٤) أي عند الحنفية. ينظر: بدائع الصنائع: ١٧٥/١، رؤوس المسائل: ص ١٣٠.

(٥) أي عند الشافعية. ينظر: المجموع: ٣٩٥/٢، ٣٩٦.

(٦) في (ز): الآخر.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن الطهر الذي هو قرؤ الذي يحيط الدم بطرفيه وذلك يحصل به براءة الرحم؛ لأنه إن حصل يحصل بغيره، وهو الدم الذي يحيط به لا بعينه، وفي الحيض يحصل براءة الرحم بعينه فكان أولى.

قالوا: ولا يجوز أن يصير الطُهرُ أولى؛ لأن العدة تتضمن معنى العبادة فإن الحيض إنما ينافي بعض العبادة من الصلاة والصوم ولا ينافي كل العبادات، ألا ترى إنه لا ينافي الإحرام والوقوف ولا الإسلام وكذلك الأذكار وجميع التسبيحات فلا ينافي معنى العبادة التي تتضمنها العدة أيضًا هذا هو معتمدهم من حيث الفقه واستبراء المماليك يُعدّ مشكلًا[1] عظيمًا في هذه المسألة وقد تعلّق (كثير منهم)[2] بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّـٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ﴾[3] فاقتضى (هذه الآية)[4] أن الحيض أصل والشهور بدل مثل قوله: ﴿فَلَمۡ تَجِدُواْ مَآءٗ فَتَيَمَّمُواْ﴾[5] ومثل قوله: ﴿فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ شَهۡرَيۡنِ مُتَتَابِعَيۡنِ﴾[6] وقد تعلّق بعضهم بحديث عائشة رضي الله عنها الذي بيّنا[7]، وهو قوله عليه السلام: **(طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان)**[8]، وهذا نص في الإماء، فكذلك في الحرائر

---

(١) في (ز): أشكالًا.

(٢) في (ز): بعضهم.

(٣) سورة الطلاق، آية: ٤.

(٤) في (ز): ظاهره.

(٥) سورة النساء، آية: ٤٣.

(٦) سورة النساء، آية: ٩٢.

(٧) في (ز): بيناه.

(٨) سبق تخريجه في ص٤٠٤.

يكون الحكم[١] كذلك.

۞ **الجواب:**

أما[٢] الفصل الأول قلنا[٣]: يقال لهم بطريق الجدال[٤] إن كان اعتبار بالأطهار يوجب النقصان من الكمال فاعتبار الحيض عندكم يوجب الزيادة على الكمال، فإنكم إذا قلتم: وإن طهُرت من الحيض في المرة الثالثة لا تخرج عن العدة، ولا تحل للأزواج إلا بعد الاغتسال إذا كان طهرها فيما دون العشر[٥]، وقد كمل القرء من قبل وقد دخلتم في مثل ما نقمتم منا. ثم الجواب المعتمد أن الباقي من الطُّهر قرؤ كامل عندنا[٦].

والذي قالوا[٧]: إنه بعض القرء[٨] بلا إشكال.

قلنا: البعض قد يكون كُلًا عند قيام الدليل عليه، مثل بعض الطلاق يكون طلاقًا كاملًا لقيام الدليل عليه، والدليل هاهنا هو[٩] أن الطلاق المباح لابد أن يتعقبه زمان الاحتساب (من العدة بدليل نص الكتاب وبدليل المعنى المعقول على ما سبق بيانه، ولن يتعقبه زمان الاحتساب)[١٠] إلا بعد أن يجعل

---

(١) ليست في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): المجادلة.
(٥) في (ز): العشرة.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): قالوه من أنه.
(٨) في (ز): الطهر.
(٩) ليست في (ز).
(١٠) ما بين القوسين ليس في (ز).




بعض القرء كُلًا لأنه[1] لا طريق للاحتساب إلا هذا الوجه وأيضًا فأنا لو لم نحتسب به يؤدّي إلى تطويل العدة عليها وتطويل العدة عليها ممنوع منه بدليل الطلاق في حال[2] الحيض (فإنه يكره لهذا من المعنى فكما بعلة لاحتراز عن تطويل العدة عليها يمنع من الطلاق في حالة الحيض)[3]، فبهذه العلة أيضًا يجعل لبعض القرء حكم الكل أيضًا وقد تأيّد هذا بأصل معهودٍ في الشرع وهو أن ما لا يتجزّأ فلبعضه حكم الكُل بدليل كل ما لا يتجزّأ من طلاقٍ وغيره، وأما الذي تعلقوا به من الفصل الثاني فيمكن أن يُنازعوا في الأصل الذي ادّعوه، فيقال: كيف يصح [٢٦٠/ب] دعوى هذا الأصل وقد وجبت العدة في الموضع الذي قطعنا بفراغ[4] الرحم؟ وهو إذا قال لها: «إن وضعت جميع ما في بطنك (فأنت طالق)[5] وجبت العدة في هذه الصورة، وإن تيقنّا بفراغ الرحم، والأولى أن لا نسلم لهم هذا الأصل، وهو أن العدة وجبت لبراءة الرحم، ونقول: براءة الرحم كما تحصل بالحيض تحصل بالطُّهر الذي نعتبره على ما ذكرناه.

وأما قولهم: إن براءة الرحم بالحيض بعينه[6]، وبالطُّهر بغيره[7]، فليس بشيء؛ لأنه المطلوب ظهور[8] براءة الرحم، وظهور براءة الرحم على وجهٍ

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): حالة.
(٣) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٤) في (ز): براءة.
(٥) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٦) في (ز): لعينه.
(٧) في (ز): بغيره.
(٨) ليست في (ز).

واحدٍ سواء كان بالحيض أو بالطُّهر، فلا يجوز أن يطلب الترجيح بهذا الوجه، فطلبنا بوجهٍ آخر، وهو ما ذكرنا[1] أن[2] الطلاق المباح من قضيته منصوصًا ومعقولًا أن يستعقب زمان الاحتساب ولا يوجد ذلك إلا إذا جعلنا العدة بالأطهار، وخرج على هذا فصل الاستبراء في المشتراة[3]، والمسبية؛ لأن الشراء والسبي مباح في زماني الطُّهر والحيض، فسواء جعلنا الاستبراء بالطُّهر أو بالحيض فزمان الاحتساب يتعقب سببه المباح في الشرع، فلا يمكن أن يطلب الترجيح من هذه الجهة فطلبنا[4] من جهة أخرى لأنه لابد من طلب الترجيح فإنه وإن حصل المقصود بكل واحدٍ منهما إلا أن الإجماع (منعقد)[5] على أنه لابد له[6] من تعيين أحدهما: إما الطُّهر، وإما الحيض، والترجيح في الاستبراء للحيض[7]؛ لأن الاستبراء وَجَبَ لتحليلها لسيدها فجعلناه بما[8] يُفضي إلى التحليل، وذلك بالحيض فإنه يؤول إلى زمان التحليل وذلك[9] الطُّهر، (وأما إذا)[10] جعلناه بالطُّهر يُفضي إلى التحريم وهو زمان الحيض، وهذا لأن ما شُرِعَ لحكمٍ وَتَمّ السبب المشروع فإنه يظهر ما شرع له فجعلنا

(١) في (ز): ذكرناه.

(٢) في (ز): من أن.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): فطلبناه.

(٥) زيادة من (ز).

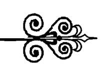
(٦) ليست في (ز).

(٧) في (ز): في الحيض.

(٨) في (ز): لما.

(٩) في (ز): وهو.

(١٠) في (ز): فإذا.




الاستبراء بما يظهر المشروع به[1]، وهو حِلّها لسيدها وفي مسألتنا لا يمكن الترجيح بهذا؛ لأن المطلوب هو الحِلّ للأزواج وذلك في زماني[2] الحيض والطُّهر واحد، فطلبنا[3] بجهة أخرى، ووجدنا ذلك[4] على ما سبق بيانه، وهذا جواب معتمد مزيل للإشكال الذي تخبط فيه عامة الأصحاب.

ويمكن أن يقال أيضًا: إن تقديم الحيض على الطُّهر في الاستبراء كان بمجرّد النص من غير أن يُعقل له[5] معنى والاعتماد على الأول.

وأما تعلقهم بقوله: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ﴾[6] فنحن نقول بظاهر الآية، وعندنا إذا أيست من الحيض تعتد بالشهور وليس في (ظاهرها ما يدل)[7] على أن الاعتداد عند وجود الحيض يكون بالحيض لا بالطُّهر، وأمّا ما تعلقوا به من البدل والأصل فليس في الآية دليل عليه، ويمكن أن يقال: إنه كني عن القرء والذي[8] هو الأصل بذكر المحيض لأنه لا يُوجد إلا بوجوده والشيء يكنى به عن الشيء إذا كان بينهما اتصال بنوع سببٍ، وأما الخبر فقد ذكرنا أنه غير ثابت. والله أعلم.

---

(١) في (ز): له.
(٢) في (ز): زمان.
(٣) في (ز): فطلبناه.
(٤) في (ز): ذلك هو الطُّهر.
(٥) في (ز): منه.
(٦) سورة الطلاق، آية: ٤.
(٧) في (ز): ظاهره دليل.
(٨) في (ز): الذي.

※ (مَسْأَلَة):

إذا مات الصبي عن امرأته وهي حبلى بالزنا[1] تعتد بالشهور عندنا[2].

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه، ومحمد: تعتد بوضع الحمل[3].

لنا:

أن انقضاء العدة بوضع الحمل معلول بإظهار فراغ الرحم ليزول المنع عنها، وشغل الرحم بماء الزاني، لا يكون مانعًا من النكاح بحال، فلا يعلل إطلاق المنع بظهور فراغ الرحم عنه؛ لأن[4] الشغل إذا لم يكن مانعًا بالفراغ[5] لا يكون مطلقًا.

يبينه: إن الحمل من الزنا بمنزلة المعدوم بدليل ما بيّنا، ولو كان معدومًا حقيقة كانت العدة بالشهور، كذلك إذا كان[6] بمنزلة المعدوم حكمًا، ونستدل بالحمل الحادث لا تنقضي به العدة، فكذلك الحمل المقترن بالوفاة لا تنقضي به العدة، ألا ترى أن القرء المقترن بالطلاق لما انقضت العدة به كيف انقضت بالقرء الحادث بعد الطلاق، وذلك في الصغيرة إذا حاضت.

أمّا حجّتهم:

تعلقوا بعموم قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ

---

(١) ليست في (ز).
(٢) المهذب: ٤/٥٤٣، الروضة: ٨/٣٧٥، ٣٨٧.
(٣) الأسرار: ٢/٣٤٥/أ عارف حكمت.
(٤) في (ز): فإن.
(٥) في (ز): فالفراغ.
(٦) في (ز): كانت.

حَمۡلَهُنَّۚ﴾[١] من غير فصل بين الحمل الثابت من الزنا وبين الثابت من النسب.

يبينه: أن تقييد الحمل بثبوت النسب زيادة على النص، وهي نسخ على ما عرف.

قال[٢] وأما قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ وَيَذَرُونَ أَزۡوَٰجٗا يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرۡبَعَةَ أَشۡهُرٖ وَعَشۡرٗاۖ﴾[٣] هذا في غير الحامل؛ لأن الآية التي تعلقنا بها متأخرة عن هذه الآية هكذا رُوِي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه[٤] قالوا: ولأن عدة الوفاة غيرُ معلول وجوبُها بالماء، ولا بتوهم الماء بدليل وجوبها بلا دخول، وبدليل وجوبها على الصغيرة التي لا توطأ، وإذا لم يكن وجوبُها [٢٦١/أ] معلولاً بالماء كانت العدة الواجبة محض تربصٍ وَجَبَ لقضاء حق النكاح وليطلق عنها المنع عن الأزواج، وهذا التربص مرة بالشهور ومرة بوضع الحمل بدليل امرأة الكبير، وإذ كان محض تربصٍ قُدِّر بمدة الحمل ففي كل موضع وُجِدَ الحمل استقام[٥] إثبات التقدير بمدة الحمل، ومدة (الحمل في الحمل)[٦] الثابت بالنسب ومن الزنا واحدة، والتقدير وجب أن يكون واحداً.

قالوا: وأمّا إلحاقه بالمعدوم فمحال بدليل أن الزانية إذا كانت حبلى من

---

(١) سورة الطلاق، آية: ٤.
(٢) ليست في (ز).
(٣) سورة البقرة، آية: ٢٣٤.
(٤) ليست في (ز).
(٥) ليست في (ز).
(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).



الزنا لا تُرجَم ولو جُعل الحمل كالمعدوم[1] وجب[2] أن تُرجَم.

قالوا: وأما الحمل الحادث فإنما لم تنتقل العدة إليه؛ لأن الشهور ليست ببدلٍ[3] عن الحمل لكن الشهور أصل فيما إذا كانت المرأة حائلًا، ومدة الحمل أصل إذا كان المرأة حاملًا، وإذا كان كل واحدٍ منهما أصلًا لم ينتقل من أحدهما إلى الآخر؛ لأن أصل العدة مجرد تقدير تربصٍ ليكون المدة أصلًا لإطلاق النكاح، وفي هذا المعنى يكون كل واحدٍ أصلًا في محله بخلاف الشهور في الصغيرة؛ لأنها خلف عن الأقراء فلهذا المعنى وجب الانتقال إلى الأصل إذا قُدر عليه.

❁ **الجواب:**

أما تعلقهم بالآية فهي في المطلَّقات لا في المتوفى (عنهن أزواجهن)[4] لأنها مسوقة على قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[5]، وأما في امرأة الكبير أنما جعلنا عدتها بوضع الحمل لا بهذه الآية لكن بحديث سُبيعة الأسلمية أنها توفي عنها زوجها وهي حبلى فوضعت بمدة[6] يسيرة، فقال لها النبي ﷺ: **(حللتِ للأزواج)**[7] وعلى أن الآية ....

---

(١) في (ز): كالعدم.

(٢) في (ز): لوجب.

(٣) في (ز): بدلًا.

(٤) في (ز): عنها زوجها.

(٥) سورة الطلاق، آية: ١.

(٦) في (ز): لمدة.

(٧) رواه البخاري في صحيحه: ٩/٤٦٩ مع الفتح، كتاب الطلاق رقم (٥٣١٨، ٥٣١٩).
ومسلم في صحيحه: ١٠/١١٠ مع النووي، كتاب الطلاق، باب القضاء عدة المتوفى عنها=




عامة[١] فنحملها على الأولات[٢] الأحمال الثابت (أنسابهن أحمالهن)[٣].

وأمّا تعلقهم بالمعنى قولهم: إن عدة الوفاة غير معلولٍ[٤] بوجود الماء، ولا توهم وجود الماء.

قلنا: لا[٥] ننكره في أصل العدة، فأما الاعتداد بوضع الحمل إذا كانت المتوفى عنها زوجها حبلى فيمكن[٦] تعليله فلا نترك تعليله، وعلته فراغ[٧] الرحم، وهذا لأن ما يمكن تعليله لا يترك تعليله بالذي لا يمكن[٨] تعليله، وإذا عُلِّل بالذي قلنا فظهور فراغ الرحم إنما يطلق المنع[٩] إذا كان الشغل مانعًا، فأمّا إذا لم يكن مانعًا فلا، وبيان أن هذا الشغل ليس بمانعٍ: أن الحبلى (من الزنا)[١٠] يجوز لها أن تتزوج (ولا تمنع بسبب)[١١] الحمل، وأما الذي قلنا أن الحامل من الزنا (كالعدم)[١٢]، فالدليل عليه هذه المسألة أيضًا.

وأما قولهم: إن الحامل من الزنا لا ترجم.

= زوجها بوضع الحمل.

(١) في (ز): خاصة.

(٢) في (ز): ذوات.

(٣) في (ز): أنساب أحمالهن.

(٤) في (ز): معلولة.

(٥) في (ز): هذا لا.

(٦) في (ز): أمكن.

(٧) في (ز): ظهور فراغ.

(٨) في (ز): يترك.

(٩) ليست في (ز).

(١٠) ليست في (ز).

(١١) فلا يمنع لسبب.

(١٢) في (ز): مجهول كالمعدوم.

قلنا: إنما يجعل كالعدم في كل حكمٍ تعلّق بالحمل، والعدة حكم[1] متعلق بالحمل، وكذلك المنع من التزويج فيجعل الحمل في هذا الحكم بمنزلة العدم[2]، وأما[3] إتلاف الحمل فلا يطلق، وفي رجم الحامل إتلاف الحمل، وأما[4] تعلّقنا بالحمل الحادث صحيح[5].

وأما[6] قولهم: إن الشهور ليست بخلف عن الحمل.

قلنا: نحن لا ندّعي الخلفيّة، وإنما ندّعي أن الحمل متى وُجد يكون الاعتداد به أولى من الشهور، وهذا مسلم بلا إشكال، وإذا كان أولى عند وجوده لو[7] كان الحمل من الزنا أولى من الشهور في الابتداء لكان أولى أيضًا عند الطريان بدليل الحيض مع الشهور، وحين لم يكن الاعتداد بالحمل أولى من الشهور عند حدوث الحمل بعد الوفاة كذلك في الابتداء، والله أعلم بالصواب.



(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): المعدوم.
(٣) في (ز): فأما.
(٤) في (ز): فأما.
(٥) في (ز): فصحيح.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): فلو.




❊ (مَسْأَلَة):

إذا أقرت المرأة بانقضاء العدة، ثم جاءت بولد لستة أشهر فصاعدًا من يوم الإقرار، ثبت النسب عندنا، إن لم تكن تزوّجت بزوج (آخر)[1]، وبطلت العدة بالأقراء[2].

وعندهم: لا يثبت النسب[3].

❊ **لنا:**

أن سبب ثبوت النسب موجود فوجب أن يثبت نسب الولد، ودليل وجود النسب توهم العلوق بالولد في حال النكاح فإنه لا يمكن اعتبار سبب النسب سواء هذا السبب فإنا بيّنا أن الماء لا يمكن الوقوف عليه، والوطء أيضًا ليس مما يظهر للناس فبقي مجرد إمكان العلوق بالولد في حال النكاح، وهذا المعنى (في مسألتنا)[4] موجود، وإذا وجد سبب نسب الولد ثبت النسب. يدل عليه: أن النسب حق الولد، وهو مما نحتاط في إثباته، وأيضًا لا يجوز أن تتسلط المرأة على إسقاط حق الولد من النسب، فجعلنا إقرارها في أمر النسب بمنزلة المعدوم ولو جاءت بولدٍ قبل الإقرار لمدةٍ، يجوز أن يكون العلوق به في حال النكاح ثبت نسب الولد، وكذلك[5] بعد الإقرار.

---

(١) زيادة من (ز).

(٢) المهذب: ٤/٤٤٩، الروضة: ٨/٣٧٧، ٣٧٨.

(٣) الأسرار: ٢/٣٤٨/أ عارف حكمت، المبسوط: ٦/٥٠، رؤوس المسائل: ص ٤٤٠.

(٤) في (ز): عندنا.

(٥) في (ز): فكذلك.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: أتت بالولد لمدةٍ يجوز أن يكون العلوق به بوطءٍ حادثٍ بعد [٢٦١/ب] الإقرار، إمّا بوطء شبهةٍ، أو بنكاحٍ فلا يثبت نسبه (من الأول)[١].

دليله: إذا كانت تزوّجت بزوج آخر[٢] وهذا لأنها أمينة في الإخبار بانقضاء العدة ولا[٣] يُحمل قولها على الكذب إذا أمكن حمله على الصدق، (وقد أمكن بأن)[٤] يجعل الولد بعلوقٍ حادثٍ.

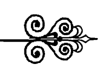
وحرفهم: أن الأمين لا يكذّب في خبره ما وجد له محمل صدق.

قالوا: وأما توهم[٥] العلوق في النكاح الأول فلا يعتبر به؛ (لأن هذا معتبر)[٦] إذا كانت منكوحة، و[٧] معتدة، وليست بواحدةٍ منهما، ولأن هذا التوهم موجود إذا كانت تزوّجت بزوج آخر.

قالوا: وأمّا قولكم: إن إقرارها في حق النسب يجعل كالعدم[٨] محال؛ لأن قول الأمين مقبول في جميع الجهات ولا يجوز أن يُقبل في جهةٍ (دون جهة)[٩].

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): فلا.
(٤) في (ز): وهو أنه يمكن أن.
(٥) في (ز): قولهم.
(٦) في (ز): أو.
(٧) في (ز): وذلك أن هذا إنما يعتبر.
(٨) في (ز): كالمعدوم.
(٩) ليست في (ز).

وقولكم: إن قول المرأة لا تقبل في إسقاط نسب الولد، (لا يصح؛ لأن نسب الولد)[1] لم يثبت حتى يقال: إن إقرارها إسقاط له، وإنما انتفى النسب؛ لأنه لم يوجد سبب الثبوت.

الجواب:

أما قولهم[2]: يجوز أن يكون العلوق بالولد بوطء[3] حادث.

قلنا: ويجوز أن يكون بعلوق في حال النكاح، وهذا أولى بالاعتبار؛ لأن الإمكان[4] معتبَرٌ في إثبات النسب غير معتبر في نفي النسب؛ لأنه لو اعتُبر لم يثبت نسبٌ مَّا، و[5] على أن توهمّ العلوق به من حملٍ حادِث منه موجود قبل الإقرار بانقضاء العدة، ومع ذلك يثبت النسب منه.

وأما قولهم: إنها أمينة.

قلنا: لا جَرَمَ قبلنا قولها في تحليلها للأزواج. قالوا: فلِمَ لا تقبلوا في[6] نفي النسب؟.

قلنا: لأن التحليل للأزواج يعتمد ظاهر الأمر، والظاهر أنها ليست بحاملٍ، ولكن إذا جاءت بولدٍ وإن كان لستة أشهرٍ، ويجوز[7] أن يكون

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): أنه.
(٣) في (ز): بحمل.
(٤) في (ز): إمكان.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): قولها في.
(٧) في (ز): فيجوز.

العلوق به في حال[١] النكاح فيُكتَفَى بهذا في ثبوت النسب، ألا ترى من تزوّج امرأة ثمّ طلّقها بعد شهرٍ قبل الدخول لم تجب العدة وحلّت للأزواج فلو جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم الطلاق و[٢] بستة أشهر فصاعداً من يوم النكاح ثبت[٣] نسبه؛ لأنه يتوهم[٤] أن يكون العلوق به في حال النكاح فبمجرد هذا التوهم ثبت النسب، وتبين أن العدة كانت واجبة وأنها لم تحل للأزواج، كذلك في مسألتنا مثل هذا سواء فصار جملة الكلام إن إقرارها مقبول بشريطة وهي: أن لا تأتي بولدٍ بمدةٍ يجوز أن يكون العلوق به في حال النكاح، وقد قام الدليل على (ضم هذه الشريطة إلى إقرارها ليقبل)[٥] في حق النسب.

وأمّا قولهم: إن بعد التزوج وُجد[٦] الإمكان.

قلنا: بلى، ولكن[٧] في مقابلته إمكان آخر، وهو أن يكون من الزوج الثاني، وهو[٨] أولى؛ لأن (فراشه قائم)[٩]، وفراش الأول منقضى، والقائم أولى بالاعتبار من المنقضي، وأما إذا لم يُعرَف[١٠] زوج (آخر)[١١] ولا وطء

---

(١) في (ز): حالة.
(٢) في (ز): أو.
(٣) في (ز): فثبت.
(٤) في (ز): توهم.
(٥) في (ز): العبارة هكذا: «صحة هذه الشريطة أن إقرارها لا يقبل».
(٦) في (ز): قد وجد في.
(٧) في (ز): بياض.
(٨) في (ز): وهذا.
(٩) في (ز): ما بين القوسين مكرر.
(١٠) في (ز): يعلم.
(١١) زيادة من (ز).

بشبهة فلا يمكن اعتبار هذا التوهم لأنا إذا اعتبرنا ذلك يضيع[1] نسب الولد؛ لأنه لم يُعرف زوج آخر ولا واطئ بشبهة حتى يثبت النسب منه، فسقط هذا الجانب وبقي الجانب الآخر وهو توهم العلوق بالولد في (النكاح الأول، وقد)[2] بيّنا أنه سبب تام في ثبوت النسب.

وأمّا قولهم: إن الإمكان سبب في المنكوحة والمعتدة.

قلنا: قد بيّنا أن العدة باقية في حق النسب وعلى أن هذا[3] دعوى لا دليل عليه[4]، بل الأصل أنه إذا وجد التوهم الذي ذكرناه ثبت النسب.

وأمَّا قولهم: إن النسب لم يثبت حتى تكون المرأة بالإقرار مسقطة إياه.

قلنا: الولد تعلّق على النسب كما تعلّق على الحرية، وفي إقرارها إسقاط حقه، ألا ترى أنه لولا إقرارها (لثبت نسبه)[5].

وقولهم: إنه انعدم سبب الثبوت.

قلنا: قد بيّنا وجود سبب الثبوت فلا نعيد[6]. والله أعلم.

---

(١) في (ز): ضاع.

(٢) في (ز): نكاح الأول فقد.

(٣) في (ز): هذه.

(٤) في (ز): عليها.

(٥) في (ز): لكان نسبه يثبت.

(٦) في (ز): فلا نعيده.

※ (مَسْألة):

إذا وجبت عدّتان على امرأة واحدة من رجلين لم نحكم فيهما[1] بالتداخل ووجب عليها أن تعتد بكلتا[2] العدّتين عندنا[3].

وعندهم: تتداخل[4].

ومعنى التداخل هو: الاكتفاء بعدةٍ واحدةٍ عنهما وتصير بتلك العدة الواحدة[5] قاضية (كلا الحقين)[6] بكلتا العدتين، وعندنا: هذا لا يوجد ولا يتصوّر قضاء كلا الحقين[7] بمدةٍ واحدةٍ، ونبين[8] حرف الخلاف إذا شرعنا في فقه المسألة.

❖ **لنا:**

أن الواجب حق مقدر معلوم محصور فلا يكتفي ببعضه عن كله.

دليله: سائر الحقوق والتعليل لمجموع العدتين، ونعني بقولنا: «مقدر معلوم»: إنه قد اجتمع عليها وجوب الاعتداد بستة أقراء، فإن المسألة مصوّرة في امرأة طلقها زوجها ثم وطئها [٢٦٢/أ] آخر بشبهة أو بنكاحٍ فاسدٍ، وفي هذه

(١) في (ز): فيها.

(٢) في (ز): بكلا.

(٣) الأم: ٥/٢٣٣، المهذب: ٤/٥٦٣، الروضة: ٨/٣٨٥، المنهاج مع المغني: ٣/٣٩٢.

(٤) المبسوط: ٦/٤١، البدائع: ٤/١٩٩٥، رؤوس المسائل: ص٤٤١.

(٥) ليست في (ز).

(٦) في (ز): على الحقين معتدة.

(٧) في (ز): الواجبين.

(٨) في (ز): يتبنى.

الصورة وجب عليه الاعتداد بثلاثة أقراء عن الزوج وبثلاثة أقراء عن الوطء بالشبهة[1]، ولا يمكن منع هذا؛ لأن سبب العدتين وُجد[2]، وإذا وُجد سببهما اجتمع وجوبهما، فإذا اجتمع وجوبهما يكون الواجب[3] بالقدر المذكور وإذا وجب بالقدر المذكور لم يكتف ببعضه، وهذا لأن الواجب هو الاعتداد بستة أقراء والاعتداد بستة أقراء لا يوجد إلا عند وجود ستة أقراء، وهذا لأن الاعتداد بثلاثة أقراء إذا وجب على امرأةٍ لا يجوز أن يكتفي ببعض الثلاث كذلك هاهنا، وقد قال المحققون من أصحابنا: أن الواجب فعلُ كفٍ مقدرٍ بمدةٍ، وإنما قلنا: إن الواجب فعل كفٍ؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ﴾[4] وهذا خبر بمعنى الأمر، وفعل التربص ليس هو إلا فعل الكَفّ؛ لأن التربص هو الانتظار والمنتظر للشيء هو الكافّ[5] عن الشيء.

يبينه: أن قوله: «بأنفسهن» دليل على أنها فاعلة فعل التربص في نفسها ولا فعل[6] لها في نفسها سوى فعل الكف، ولأنه يصح أن يقال: لها اعتدى، ويقال: اعتدت تعتد والأمر لا يكون إلا بفعلٍ والتصريف في الفعل يدل على حقيقة الفعل فثبت أن الواجب عليها فعل، وقد قدّر الشرع هذا الفعل بمدةٍ مثل فعل الإمساك في الصوم قدر بمدةٍ وهي بياض النهار، فلم يتصور وجود فعلين في مدةٍ واحدةٍ؛ لأن الوقت الواحد إذا استوعب فعلا لم يسع[7] لفعل

---

(١) في (ز): بشبهة.
(٢) في (ز): قد وجد.
(٣) بياض في (ز).
(٤) سورة البقرة، آية: ٢٢٨.
(٥) في (ز): كافٍ.
(٦) في (ز): نجعل.
(٧) في (ز): يتسع.

آخر يستوعبه كاليوم الواحد لا يسع لصومين والزمان الواحد لا يسع لقومتين أو قعدتين.

❁ **أمّا حجّتهم:**

قالوا: العدة مجرد أجلٍ، فوجب أن يُكتفى عن المدد فيه بمدةٍ واحدةٍ.

دليله: آجال الديون، وإنما قلنا: «بمجرد أجل» لأن الله تعالى سمّاها كذلك فقال الله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾[1] وقال: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ﴾[2]، ولأن الأجل مدة مضروبة لتأخير حق قد انعقد سببه، ويظهر ذلك عند مضي تلك المدة، ألا ترى أن الحكم في سائر الآجال يكون هذا، فإنه إذا باع شيئًا بألفٍ إلى شهرٍ، فإن الشهر مدة داخلة[3] لتأخير حقٍ، وهو المطالبة بالدين بعد انعقاد سببه، ويظهر ذلك الحق عند مضي المدة، كذلك هاهنا إذا طلّق امرأته ثلاثًا، فإن الطلاق الثلاث سبب (لحل الأزواج)[4]، وهذا حق المرأة، وقد دخلت مدة العدة لتأخير هذا الحق، ويظهر عند مضي المدة.

قالوا: وكذلك إذا طلَّق طلاقًا واحدًا فإنه سبب للبينونة[5] ودخلت العدة لتأخير البينونة، وتظهر عند مضي المدة فعلمنا بهذا تحقيقًا أن العدة مجرد

---

(١) سورة البقرة، آية: ٢٣٥.

(٢) سورة الطلاق، آية: ٢.

(٣) في (ز): أجله.

(٤) في (ز): الحل للأزواج.

(٥) في (ز): البينونة.

أجل. وربما يقولون: حقيقة العدة مدة مضروبة لإطلاق نكاح، أو قطع نكاحٍ، وتفسيره ما بيّنا.

قالوا[1]: وأمّا التربص الذي تتعلقون به فهو بمعنى الانتظار والأجل إذا تضمّن تأخير الحق فلا شك (أن معنى)[2] الانتظار (يوجد فيه فكذلك في سائر الآجال يوجد فيها معنى الانتظار)[3]، وأمّا فعل الاعتداد فهو على طريق المجاز مثل فعل الكف عن المطالبة في الآجال، وكذلك فعل عدّ الشهور والأيام لينقضي الأجل المضروب، وتتوجه المطالبة فلا فرق بين العدة وأجل الدين بحال.

قالوا: ولهذا تنقضي العدة من غير علم المرأة بالعدة[4]، ولهذا لو اعتدت مع ترك الكف عن المحظورات انقضت العدة بخلاف الصوم، وهذا لأن الصوم عبادة محضة ولهذا افتقر إلى النية (فكان الركن فيه الفعل)[5]، أمّا هاهنا ليست العدة بعبادة بدليل وجوبها على الكافرة والصغيرة ولأنها معقولة المعنى في أنها حق الزوج، إمّا لاستبراء الرحم أو لقضاء حق النكاح وإذا لم تكن عبادة لم يجب تحقيق الفعل فيه[6] فرجعنا إلى المعقول من العدة والمعقول منها ليس إلا مجرد منع وتأخير عن حق ثبت لها بعد انقضاء العدة.

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): أنه بمعنى.

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٤) في (ز): العدد.

(٥) في (ز): وكان الفعل ولنا فيها.

(٦) في (ز): فيها.

وربما يقولون هي في الحقيقة: تحريمات[1] اجتمعت عليها من عقدٍ نكاحٍ وتمكينٍ من وطءٍ وبروزٍ عن البيت وتزيُنٍ للأزواج، والركن انعدام هذه الأشياء في هذه المدة، والعدم[2] لا تضايق فيه ولا تزاحم، ويجوز أن يُقضَى بعدم الشيء في مدةٍ واحدةٍ لأسباب شتى، ويحصل قضاء حق الكل وتوفية موجب الأسباب بأجمعها وهذا كالفعل [٢٦٢/ب] من الوطء وغيره يحرم بالصوم والاعتكاف والإحرام وأسباب آخر، وكذلك الآجال تحرم المطالبة، والشهر الواحد لكل الآجال، وكذلك إذا طلّق امرأته ثلاثًا ثم تزوّجت بزوج آخر وطلقها ثلاثًا قبل الدخول هكذا في أزواج ثم تزوجت بزوج[3]، ودخل بها، انتهى بهذا الزوج جميع المدد الثابتة في الأسباب المتقدمة، وَجُعِلَ الزوج (الثاني)[4] في حق كل سبب كالمنفرد فيه كذلك هاهنا، واستدلوا أيضًا في أن الركن تحريم فعلٍ عليها دون[5] وجود فعلٍ منها، إنما المغلب على العدة لما كان حق الآدمي، والأفعال على العباد لا تجب لحق العباد، وإنما تجب الأفعال لحق الله تعالى ابتلاءً واختبارًا على ما عُرف من الأصل الممهّد في الشرع، وأما في حق العبد فلا معنى لتعيين فعل بالإيجاب[6] إذا كان غرضه ومقصوده يحصل بدون فعله، ألا ترى أن الزكاة لا تتأدّى إلا بفعلٍ من العبد من مباشرةٍ، أو أمرٍ، والدَّين يجوز أن يقضَى من غير فعلٍ يوجد من

---

(١) في (ز): تجردات.

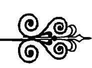
(٢) في (ز): العدة.

(٣) في (ز): بزوجٍ واحدٍ.

(٤) زيادة من (ز).

(٥) في (ز): لا.

(٦) في (ز): الإيجاب.

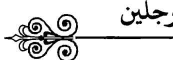
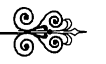



الذي عليه الدين؛ لأن المقصود هو الوصول إلى الدين ولا فرق فيه بين أن يحصّل بفعل مَنْ عليه أو بفعل غيره كذلك هاهنا، المقصود صيانة[1] ماء المعتد منه عن ماء الغير، أو ظهور فراغ الرحم، وهذا المعنى يوجد في حق صاحبي العدة بعدةٍ واحدةٍ، ويحصل أيضًا إذا[2] جعلنا الركن مجرد منع لها عن ارتكاب محظور، ولا[3] حاجة لنا[4] إلى أن نجعل الركن تحقق فعلٍ منها؛ ليصير الأمر[5] إلى ما قلتم من منع التداخل.

قالوا: وأما الأقراء الثلاثة فإنما لم يجز الاكتفاء ببعضها؛ لأن استبراء الرحم وظهور فراغه لا يحصل في الشرع إلا بثلاثة أقراء، فلهذا لم[6] يجز الاكتفاء ببعضها، وأما في مسألتنا فقد وُجد ما يحصل به استبراء الرحم في الشرع على التمام والكمال وهو ثابت في كل واحدٍ من صاحبي العدة واكتُفي بالواحد من ذلك؛ لأن طلب الزيادة مجرد إدخال ضرر على المرأة من غير معنىً، وعلى هذا اعتذروا عن الصوم أيضًا لأن المقصود من الصوم مجاهدة النفس وإتعابها ليظهر طواعيته لمعبوده فيما يشق على نفسه وتركه مراده وهواه في تقديم رضاه، وهذا المعنى لا يوجد في بعض الشهر (عن جميع الشهر)[7] ولا في اليوم الواحد عن اليومين، وفي مسألتنا بخلافه على ما سبق.

---

(١) في (ز): تحصين.
(٢) في (ز): وإن.
(٣) في (ز): فلا.
(٤) في (ز): بنا.
(٥) في (ز): الأقراء.
(٦) في (ز): لا.
(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).

واستدلوا على مجموع ما قالوا بالعدتين من رجل (واحد)[1].

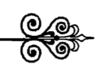
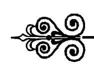
وصورته: إذا طلق امرأته ثم وطئها بشبهة فإنه لا يجب عليها أن تعتد بعدّتين وكما أن قضاء حقين لرجلين واجب[2] لا يسوغ الإخلال به فكذلك[3] في الحقين (إذا وُجد من رجل مثل سائر)[4] الحقوق من الديون وغيرها. والمسألة مشكلة في الإلزام ولابد من زيادة اعتناء في الجواب عنها، وألزموا أيضًا مسألة الحربي وهي المعتدة[5] من الحربي إذا تزوّجت في العدة ثم أسلما وفرّق القاضي بينهما وجب عليها أن تعتد من الثاني وسقطت[6] بقيّةُ العدة الأولى.

قالوا[7]: والمسألة منصوص عليها.

قالوا: وليس يدخل على ما قلنا[8] النكاحان على امرأة لا يتصور اجتماعهما وكذلك عقد الإجارة على دارٍ واحدةٍ؛ لأن المسألتين ليستا نظير مسألتنا، ولهذا لم يصح النكاح[9] الثاني ولا العقد الثاني من الإجارة وفي مسألتنا قد انعقد السبب الثاني موجبًا للعدة بالإجماع ولا مانع من الشرع[10]،

---

(١) زيادة من (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): كذلك.
(٤) في (ز): لرجل واحد كسائر.
(٥) في (ز): أن المعتدة.
(٦) في (ز): تسقط.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): قلناه.
(٩) في (ز): لا النكاح.
(١٠) في (ز): الشروع.

إذ لا مزاحمة للأولى مع الثانية، فوجب أن يحصل الشروع[١] وتصير معتدة من الثاني كما هي معتدة من الأول، وهذا لأن النكاح عقد استحلال والإجارة عقد ملك المنفعة وبين الاستحلال والاستحلال والمِلك والملك في المحل الواحد تضايق بخلاف مسألتنا على ما سبق.

۞ الجواب:

قولكم: إن العدة مجرد أجل، ليس كذلك، بل هو حق مقدّر[٢] مؤجل على ما سبق بيانه، وأما تعلقهم بالآية.

قلنا: قد عارض الآية التي تعلقوا[٣] بها آية أخرى وهي الآية التي ذكرنا[٤] فعملنا بالآيتين، وقلنا[٥]: هي فعل كفٍ مقدرٍ بأجلٍ، وأمّا الحد الذي ذكروه للأجل فلا[٦] ننكر ذلك، ولكن هذا ليس بأجلٍ.

وقوله[٧]: إن حقيقة العدة مدة مضروبة لإبطال نكاح أو[٨] إطلاق نكاح قد أجبنا عن هذا، وبيّنا أن حقيقة العدة غير هذا، ويمكن أن يقال: إن العدة لما خرجت في الشرع على صورة إيجاب الفعل يخالف[٩] الأجل الذي خرج

(١) في (ز): المشروع.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): تعلقتم.
(٤) في (ز): ذكرناها.
(٥) في (ز): فقلنا.
(٦) في (ز): فلسنا.
(٧) في (ز): قولهم.
(٨) في (ز): و.
(٩) في (ز): بخلاف.

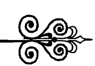
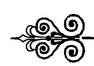
على صورة تأخير [٢٦٣/أ] الحق في الشرع وإن اتفقا في المعنى، هذا[1] كما قالوا: إن رجلًا لو قال لامرأته: إن لم أشاء طلاقكِ فأنتِ طالق، فإنه لا يقع الطلاق ما لم يمت ويقع اليأس عن المشيئة وبمثله[2] لو قال: «إن أبيتُ طلاقك فأنتِ طالق»، وقال: «أبيتُ» وقع الطلاق في الحال، وإنما افترقا لأن لأول كلام خَرَجَ على صورة عدم المشيئة وقد علّق الطلاق به فما لم ينعدم[3] حقيقةً لم يقع، وفي المسألة الثانية خَرَجَ الكلام على صورة فعل الإباء وقد وُجد بقوله: «أبيتُ طلاقك»[4] فوقع[5] الطلاق فقد حصل هذا الاختلاف لاعتبار[6] صورة اللفظ مع اتفاق المسألتين في المعنى.

وأما قولهم: إن العدة تنقضي وإن لم يوجد فعل الكف.

قلنا: ليس كذلك، فإن كل زمان لا يوجد فيه فعل الكف لا يكون محسوبًا من العدة إلا أن الأصل فعل الكف عن[7] التمكين من الوطء؛ لأن به[8] يقع صيانة الماء فأما الكف عن النكاح فإنما وجب لأنه سبب الوطء، وأما الكف عن البروز والخروج لتحقيق الكف عن النكاح فلما كان الأصل هو الكف عن الوطء فلا جَرَمَ نقول: لو لم تكف عنه فإن زمان الوطء لا يكون

---

(١) في (ز): وهذا.
(٢) في (ز): ومثله لو.
(٣) في (ز): يعدم.
(٤) في (ز): وقد أبيتُ.
(٥) في (ز): فيوقع.
(٦) في (ز): فاعتبار.
(٧) في (ز): من.
(٨) ليست في (ز).

محسوبًا من العدة، وأما ترك الكف عن سائر الأشياء فلا يقدح في العدة؛ لأنها اتباع الوطء ونظير الوطء في مسألتنا الوطء والأكل في الصوم ونظير ما سواه الغِيبة والرفث فيه، فإن قالوا: هل تقولون: إن العدة تنقطع بوجود الوطء مثل ما ينقطع الصوم بوجودها وبوجود الأكل؟.

قلنا: لا، فإن قالوا: لِمَ؟ قلنا: لأن المقصود من العدة لا يفوت بترك احتساب ذلك القدر، أعني: زمان الوطء من العدة، وأما المقصود من الصوم يفوت بوجود الأكل أو الوطء بالنهار(١)، وإن قلّت مدتهما.

وأمّا قولهم: إن العدة تنقضي من غير علم المرأة بها.

قلنا: يبطل بالصوم، فإن الإنسان لو قال: نَويتُ الصوم بالليل ثم أُغمى عليه قبل الصباح إلى أن أمسى(٢) فإنه يصح صومه عندكم(٣) وعلى أن الواجب فعل الكف وفعل الكف لا يفوت بعدم (العلم مثل الصوم، فإن فعل الإمساك لا يفوت بعدم)(٤) العلم به.

وأمّا(٥) قولهم: إن الأفعال لا تجب لحق(٦) العباد، فليس بشيء، ويجوز أن تجبَ لحق العباد، ألا ترى أن(٧) في الإجارات يجوز أن يستحق بها أفعال

---

(١) في (ز): نهارًا.
(٢) في (ز): يمسى.
(٣) في (ز): عندهم.
(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): فأما.
(٥) في (ز): فأما.
(٦) في (ز): كحق.
(٧) في (ز): ليست في (ز).

لحق العباد خصوصًا إذا عيّن الفعل وَسَمّاه، وعلى أن في مسألتنا قد اختلط حق العبد في العدة بحق الله تعالى على ما عُرف في المسائل فيجوز أن يحكَم باستحقاق الفعل فيها من هذه الجهة. وأما الذي تعلقوا به من قولهم: إن[١] المقصود من العدتين يحصل بالعدة الواحدة.

قلنا: إذا حكم الشرع بإيجاب العدتين ولم يُسقط واحدة منهما للأخرى فلابد من النظر في حقيقة العدة فإنه هل يتصور انقضاؤهما بمدة[٢] واحدة أم لا ؟ وقد بيّنا أنه لا يتصوّر وإذا لم يتصوّر فلا معنى للنظر إلى حصول المقصود ولأن حصول المقاصد الشرعية تبع لوجود الأسباب التي تعلقَ[٣] بها (المقاصد فإنما يحكم بوجود)[٤] المقاصد شرعًا عند حصول الأسباب شرعًا، وأما مسألة العدتين من رجلٍ واحدٍ فقد خبط الأصحاب في الجواب (عن هذا)[٥]، ويمكن سلوك طريق المجادلة وطلبهم[٦] بتحقيق الشَّبهيّة بين الحقين إذا وجب الواحد أو (وجب الاثنان)[٧]، ويقال: الحرمة واحدة إذا كانت العدتان (من واحد)[٨]، والحرمة اثنتان إذا كانتا من رجلين فالحرمة هي المعوّل عليها في باب العدة.

---

(١) في (ز): من أن.

(٢) في (ز): بعدة.

(٣) في (ز): علق.

(٤) في (ز): وإنما علم وجود.

(٥) في (ز): عنها.

(٦) في (ز): مطالبتهم.

(٧) في (ز): وجبا لاثنين.

(٨) في (ز): وجبتا لواحدٍ.




وقد قالوا: إن[1] المرأة إذا وطئها واحد مرات لا يجب إلا مهر واحد، وإذا وطئها جماعة بشبهةٍ يجب على كل واحد مهر على حياله. ثم الجواب المعتمد إن عندنا تسقط بقية العدة الأولى، وتجب عدة مستأنفة بالوطء بالشبهة، ولا تجب النفقة، ولا تثبت الرجعة في الطلاق الرجعي ولا يُبالَى بذلك؛ لأنه هو الذي عمل بنفسه، وكان ينبغي أن يحتاط ويحترز حتى لا يقع في هذه الشبهة.

فإن قالوا: لِمَ يسقط وهذا هو المشكل.

قلنا: لأن الأصل استبراء الرحم أو[2] صيانة الماء، والعدة المستأنفة مُغنية عن بقية العدة الأولى، وصاحب الحق[3] واحد، فيكتفي بالعدة الواجبة ابتداءً عن بقية الأولى مثل مَنْ اشترى منكوحته يرتفع النكاح؛ لأن ملك اليمين صار مُغنيًا عن ملك النكاح، كذلك [٢٦٣/ب] هاهنا، وهذا يتصور في حق الواحد، فأما في حق الاثنين فلا يتصور؛ لأنه لا يغني حق زيد عن حق عمرو في صورةٍ مَّا، فحكم ببقاء الحقين، ولهذا بالإجماع لم يسقطْ واحد من العدتين وإنما قالوا تصير المرأة معتدة بكلتا العدتين بالأقراء الثلاثة، فهذا غاية الإمكان، وتمشيته ممكن والله المعين بمنّه.

وأما مسألة الحربي فلا نسلم[4]، وللشافعي قول: أنها تعتد بقية العدة الأولى، ثم تعتد العدة[5] الثانية، وهذا هو الأصح، فأما إن قلنا أن ماء الحربي

---

(١) في (ز): في.
(٢) في (ز): و.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): نسلّمها.
(٥) ليست في (ز).



لا حرمة له، فلهذا سقط[1] بقية العدة منه، يقولون: ينبغي على هذا أن لا تجب العدة عن الحربي أصلًا، والصحيح المنع ذكره الشيخ أبو حامد الإسفرائيني رحمه الله، والله أعلم.

※ (مَسْألة):

إذا أعتق أم ولده أو مات عنها وجب التربص بقرءٍ واحدٍ عندنا[2].

وعندهم: يجب التربص بثلاثة أقراء[3]، وروي مثل قولنا[4] عن عمر وعثمان وزيد رضي الله عنهم، وهم يروون مثل قولهم عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما.

لنا:

أن الواجب محض تربص لاستبراء الرحم عن ماء موضوع بملك اليمين، فيُكتفى فيه بقرءٍ واحدٍ.

دليله: استبراء الرحم المملوك عند الشراء.

وحقيقة هذا الكلام: أن هذا التربص واجب لصيانة ماء السيد، كي لا يختلط بماء آخر وبالقرء الواحد يحصل هذا المقصود فلا معنى لزيادة شيء آخر.

---

(١) في (ز): سقطت.

(٢) الأم: ٥/٢١٨، المهذب: ٤/٥٧٢، الروضة: ٨/٤٢٥، المنهاج ومغني المحتاج: ٣/٤١١.

(٣) المبسوط: ٦/٥٤، البدائع: ٤/٢٠٠١، رؤوس المسائل: ص ٤٤٢.

(٤) في (ز): مذهبنا.

فإن قيل[1]: لَمْ يجبْ لهذا قلنا: قد وُجد هاهنا شغل الرحم بالماء، والماء محترم فوجب[2] صيانتُه عن اختلاطه بماء آخر ومن صيانته منعها عن الأزواج إلا بعد ظهور فراغ الرحم، وهو يظهر بقرءٍ واحدٍ، فاكتفى به، ولم تجب زيادة عليه؛ لأنه لا دليل عليه.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: تربص وجب عن زوال الفراش فلم يُكتف فيه بقرءٍ واحدٍ.

دليله: المنكوحة، وإنما قلنا ذلك لأن الفراش ثابت على أمّ الولد بدليل ثبوت النسب ادّعى أو لم يدّع، وهو فراش مُحترم لحرمة النسب، فزواله يوجب قضاء حقه بوجوب العدة، مثل فراش المنكوحة سواء.

قالوا: وَلِمَ يجبُ لصيانة الماء عن الخلط على ما قلتم؛ لأنه لو كان كذلك لوجبت عند انعقاد سبب الحِلّ مثل استبراء المماليك وحين وجبت عند زوال الفراش قبل انعقاد سبب الحِلّ لأحدٍ عرفنا أنها وجبت لقضاء حق الفراش وحق الفراش لا يُقضَى إلا بعدةٍ كاملةٍ.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن الفراش ناقص في مسألتنا لأنه فراش ملك اليمين (فيكون ناقصًا من وجهٍ دون وجهٍ)[3]، إلا أنه قد تأيّد هذا الفراش بالحرية العارضة، وهذا لأنه وجب التربص عليها حين وجب وهي حرة والأصل أن تربص الحرائر بالوظيفة الكاملة فإذا وُجدت الحرية حين وجوب

---

(١) في (ز): قالوا.

(٢) في (ز): يوجب.

(٣) في (ز) العبارة هكذا: «فإنه وإن كان فراش ملك اليمين يكون ناقصًا من وجه...».

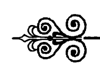
التربص كملت الوظيفة، ويمكن أن يقال: إن النقصان الحكمي الذي كان في الفراش قد زال بزوال الرق وتبدله بالحرية وهذا كما لو قال زوجُ الأمة المنكوحة: «إذا أعتقكِ سيدكِ فأنتِ طالق» فأعتقها سيدها يجب عليها الاعتداد بثلاثة أقراء، وكذلك لو قال لها السيد: «إذا جاء الغد[1] فأنتِ حرة»، وقال لها زوجُها: «إذا جاء الغد[2] فأنتِ طالق»، فإنه يجب عليها أن تعتد بثلاثة أقراء، وكان المعنى تأيد الفراش بالحريّة العارضة الحاصلة عند وجوب[3] العدة.

قالوا: وأمّا حصول استبراء الرحم بقرءٍ واحدٍ فلا ننكره ولكن لم يجب في مسألتنا لهذا وإن كان يحصل تبعًا لقضاء حق الفراش بل وجب لما بينا[4]، وعلى أن استبراء الرحم كما يحصل بقرءٍ واحدٍ في مسألتنا يحصل أيضًا بقرءٍ واحدٍ في المعتدة المنكوحة، ومع ذلك وجب التربص[5] بثلاثة أقراء، واعترضوا أيضًا على نقصان الفراش، (وقالوا: نقصان الفراش)[6] بملك اليمين لا يكون فوق نقصانه بفساد النكاح وعدمه في الوطء بالشبهة ومع ذلك قد وجب التربص فيه بثلاثة أقراء كذلك في مسألتنا يجوز أن يكون الأمر كذلك.

قالوا: وأمّا عدة الوفاة فليس يدل عدم وجوبها على عدم وجوب الأقراء

---

(١) في (ز): غدٍ.
(٢) في (ز): غدٍ.
(٣) في (ز): وجود.
(٤) في (ز): بيناه.
(٥) ليست في (ز).
(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).

الثلاثة بدليل النكاح الفاسد، والوطء بالشبهة، وعلى أن عدة الوفاة وجوبها بانتهاء النكاح بالموت نصًا غير معقول المعنى فلا يوجد هذا إلا في صورة واحدة فلا[1] يلحق بها غيرها.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: تربص وَجَبَ لزوال الفراش.

قلنا: لا، بل وَجَبَ لصيانة الماء على ما سبق، وكذلك نقول في عدة المنكوحة إلا أن الماء هناك شرف بشرف المحل، فإن المحل بُضع حرة وشرف السبب فإن السبب هو النكاح المشروع (للفراش فزيد)[2] في الوظيفة وقوبل كل شرف بقرءٍ واحدٍ، ولم يوجد في مسألتنا واحد من الشرفين، وقد وُجد أصل الماء فوجب صيانته مما يكون سببًا للصيانة من غير زيادة، ولهذا وجب التربص على الأمة المنكوحة بقرؤين؛ لأنه وُجد أحد الشرفين فاكتفى بزيادة قرءٍ واحدٍ، وأمّا قضاء حق الفراش لا يُعرف، والذي قلناه من صيانة الماء مخيل معقول المعنى.

وقولهم: إنه يجب قبل انعقاد سبب الحل.

قلنا: ليرد العقد[3] على رحمٍ فارغٍ وهذا لأن النكاح لما كان معقودًا للحل فوجب استبراء الرحم من قبلُ لكي لا يتراخي الحِلّ عن سببه، وأمّا ملك اليمين (لمّا لم)[4] يكن معقودًا للحل فلا ينافي فيه بتراخي الحِلّ، فلهذا

---

(١) في (ز): ولا.
(٢) في (ز): في الفراش وزيد.
(٣) في (ز): عقد الحل.
(٤) في (ز): فلم.

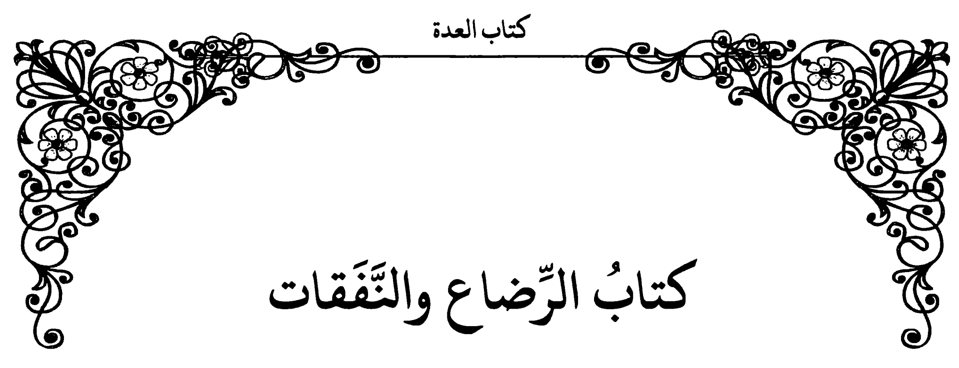
وجب الاستبراء في مسألتنا قبل انعقاد سبب الحِلّ، وفي[١] المشتراة (يجب بعد انعقاد السبب وعلى أنا إن سلمنا أن التربص)[٢] وجب لزوال الفراش إلا أن فراش أم الولد ناقص في حكم النسب، ألا ترى أنه ينتفي بمجرد النفي عندكم وبدعوى الاستبراء عندنا ويملك نقل فراش أم الولد بالترويج إلى غيره بخلاف فراش المنكوحة، وحرفنا: أن هذا الفراش لا يشبه ذلك الفراش في الوكادة واللزوم.

وقولهم: إنه تأكد بالحرية.

قلنا: الزائل كيف يتأكد؟ ولأن[٣] الفراش فراش ملك اليمين والحرية تنافي فراش ملك اليمين فكيف يتصور تأكده بها؟، وأمّا المسألتان فالأولى مسلّمة؛ لأن الماء قد شرُف بالحرية والفراش قد كَمُلَ فإن الحرية وَرَدَتْ على فراشٍ مستقرٍ، ثم تعقبها الطلاق بخلاف مسألتنا، والمسألة الثانية ممنوعة على الإطلاق، وأمّا[٤] النكاح الفاسد والوطء بالشبهة فقد ألحقتا[٥] بالنكاح الصحيح في النسب على ما عرف. والله أعلم.



(١) في (ز): و.
(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٣) في (ز): على أن.
(٤) في (ز): فأما.
(٥) في (ز): أُلحاقا.



كتابُ الرِّضاع والنَّفَقات

※ (مَسْألة):

الرضعة الواحدة لا توجب الحرمة حتى تبلغ خمسًا عندنا[١].

وعندهم: المحرم أصل الرضاع والعدد ساقط[٢]. والمسألة لنا خبرية والأولى أن يُوضع الكلام في أنه لا يثبت التحريم بالرضعة والرضعتين[٣].

ونستدل: بما (روي عن ابن أبي مليكة عن ابن)[٤] الزبير عن عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه السلام قال: **(لا تحرم المصة[٥] ولا المصتان)**[٦]، وروى عبد الله[٧] بن الحارث عن أم الفضل أن رجلا سأل النبي عليه السلام وقال: تزوجتُ

---

(١) المهذب: ٥٨١/٤، الروضة: ١٦/٩، شرح النووي على مسلم: ٢٩/١٠، مغني المحتاج: ٤١٤/٣.

(٢) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٨٨، مختصر الطحاوي: ص ٢٢٠، تبيين الحقائق: ١٨١/٢، المبسوط: ١٣٤/٥.

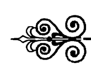
(٣) في (ز): ولا بالرضعتين.

(٤) في (ز): روى وهيب بن أيوب بن أبي مليكة عن أبي.

(٥) المصة والإملاج بمعنى واحد، يقال: ملج الصبي أمه إذا رضعها وامتلج الفصيل ما في الضرع امتصمه، والملج: المص. النظم: ١٥٦/٢، شرح النووي على مسلم: ٢٩/١٠.

(٦) صحيح مسلم: ٢٧/١٠ مع النووي، كتاب الرضاع.

(٧) عبد الله بن الحارث بن نوفل بن الحارث بن عبد المطلب الهاشمي أبو محمد المدني أمير البصرة، له رؤية ولأبيه وجده صحبة، قال ابن عبد البر: أجمعوا على توثيقه، مات سنة ٩٩هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص ١٧٠.

امرأة وتحتي أخرى، فزعمت الأُولى أنها أرضعت الأُخرى رضعة أو رضعتين، فقال النبي ﷺ: **(لا تحرم الإملاجة والإملاجتان)**[١] والخبر الأول صحيح، وأما التقدير بالخمس فإنا أخذنا ذلك ممَّا روي مالك عن عبد الله[٢] بن أبي بكر، عن عمرة، عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: **(أنزلت في القرآن عشر رضعات معلومات نسخ من ذلك خمس وصار إلى خمس رضعات معلومات، فتوفّي رسول الله صلى الله عليه والأمر كذلك)**[٣]، قال أبو عيسى رحمه الله حين روى هذا الحديث: وكانت عائشة تفتي بهذا وبعض أزواج النبي ﷺ[٤].

۞ أمّا حجّتهم:

ذهبوا إلى ظاهر قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾[٥] (وهو معطوف على قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ﴾ ومعناه وحرمت عليكم أمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة)[٦]، فيكون المعنى: حُرمت بسبب الرضاع مثل قول القائل: «أستاذك الذي علمك»، يعني بسبب التعليم، فإذًا دلت الآية أن الرضاع هو المحرِّم، وذلك حاصل بنفس الفعل، وإن لم يكثر منه، فإن الإرضاعَ فعل كالإعطاء والضرب وما أشبهه فيتصف الفاعل به، وإن قَلّ الفعل مثل الإعطاء

---

(١) صحيح مسلم: ١٠/٢٨ مع النووي، كتاب الصحيح.

(٢) عبد الله بن أبي بكر

(٣) صحيح مسلم: ١٠/٢٩ مع النووي، كتاب الرضاع.

(٤) سنن الترمذي: ٥/٩٢ مع العارضة، أبواب الرضاع، باب ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان.

(٥) سورة النساء، آية: ٢٣.

(٦) ما بين القوسين زيادة من (ز).

والضرب الذي ذكرنا وغيره.

قالوا: وأمّا التقدير بالخمس زيادة على النص، فلا يجوز بالخبر الواحد لأن، (وصف الفعل)[1] لا يقتضي التكرار في الفعل بنفسه بحال فيكون إثبات التكرار زيادة لا محالة.

قالوا: وقد عَرَفَ كلٌّ واحدٍ[2] أن القائم يُسمى بهذا الاسم [٢٦٤/أ] بقومةٍ واحدةٍ، لا بقومات والضارب، سُمّي بهذا الاسم بضربةٍ واحدةٍ لا بضربات، وإذا ثبت أن التقدير بالخمس زيادة على النص فلا يجوز بالخبر[3] الواحد؛ لأنها نسخ الكتاب، ونسخ الكتاب لا يجوز بأخبار الآحاد، وقد ادّعوا أيضًا أن شرط العدد كان ثابتًا في ابتداء الإسلام حين كان رضاع الكبير موجبًا للحرمة، ثم نُسخ حين نُسخ رضاع الكبير، ورووا عن ابن مسعود أنه قال: آل أمر الرضاع إلى أن قليله وكثيره يحرّم[4]، (وعن علي رضي الله عنه أنه)[5] قال: قليل الرضاع وكثيره سواء في التحريم[6]، وقيل لابن عباس رضي الله عنه: الناس يقولون أن الرضعة الواحدة لا توجب الحرمة، فقال: كان كذلك ثم نُسخَ[7].

قالوا: وأما الخبر الذي زعمتم[8] **(لا تحرم المصة ولا المصتان)** فهو دليل

---

(١) في (ز): الوصف بالفعل.

(٢) في (ز): أجد.

(٣) في (ز): بخبر.

(٤) رواه الدارقطني في سننه: ١٧١/٤، وابن أبي شيبة في مصنفه: ٢٨٦/١٤، وعبد الرزاق في مصنفه: ٤٦٩/٧، رقم (١٣٩٢٤)، وليس فيهم لفظة: «آل أمر الرضاع».

(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٦) رواه الدارقطني في سننه: ١٧١/٤، وعبد الرزاق في مصنفه: ٤٦٩/٧ رقم (١٣٩٢٤).

(٧) رواه عبد الرزاق في مصنفه عن طاووس وليس عن ابن عباس: ٤٦٧/٧ رقم (١٣٩١٦).

(٨) في (ز): رويتم.

عليكم؛ لأن مفهومه يقتضي أن الثلاث تحرم، وعندكم يكون[1] المفهوم حجة.

وأمّا المعنى قالوا: الرضاع فعل يتعلق به تحريم موبّد، فيتعلق بنفسه من غير اعتبار عددٍ.

دليله: الوطء.

ووجه الفقه في المسألة:

أن اللبن في حق الصغار الذين يقع تربيتهم به جُعل بمنزلة الماء في إثبات الحرمة بسبب البعضية فإن[2] الماء به أصل الخلقة واللبن به تربية الخلقة فذلك به التربية[3] وهذا به النشؤ، ثم الحرمة لم تتعلق بالرضاع في جميع المدة ولا بما تَروّى الصبي به وَيَرد جوعَه كلِّه، فثبت أنه متعلق بأدنى ما ينطلق عليه الاسم كسائر الأحكام المتعلقة باسم لشيءٍ، فإنه إمّا أن يتعلق بالكل أو بأدنى ما ينطلق عليه الاسم. والحرف: أنه لمّا لم يشترط كل الرضاع وجب أن يقع الاكتفاء بجنس الرضاع.

يبيّنه: أن الماء سبب اللبن والنكاح سبب الماء، وإذا لم يعتبر العدد لا في النكاح ولا في الماء فكذلك اللبن. وربما يستدلون بالفطر في الصوم فإنه يتعلق بأصل التناول ولا يعتبر فيه العدد كذلك في مسألتنا.

۞ الجواب:

أمّا تعلقهم بالآية.

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): لأن.
(٣) في (ز): البدو.




قلنا: الآية إنما تضمَّنت ثبوت الحرمة بأصل الرضاع، وأمّا العدد فليس في الآية دليل عليه لا اعتبارًا ولا عدم اعتبار فإنا إن اعتبرنا العدد أو لم نعتبره فيكون الرضاع محرِّمًا في الموضعين.

فإن قيل: إذا اعتبرتم العدد فلا يكون الرضاع نفسُه محرّمًا(١).

قلنا: ليس في الآية أن الرضاع يحرّم بنفسه، أو لا يحرّم بنفسه، والحرف في الجواب أنا قائلون بالآية، وأمّا الذي اختلفنا فيه هو(٢) العدد، وليس في الآية تعرض لا بالإيجاب ولا بالإسقاط، فتعرّضت له السنّة؛ لأن ما لا يثبت بالكتاب يجوز أن يثبت بالسنّة.

فإن قيل(٣): أليس أنه(٤) لو لم ترد السُّنّة كان الرضعة الواحدة محرّمة؟.

قلنا: بلى، ولكن لا بنفس الآية، لكن لعدم قيام الدليل على العدد، وإذا لم يقم الدليل على العدد فلابد أن تكون الرضعة الواحدة محرّمة لوجود الرضاع بها، وهذا فصل قد ذكرناه في غير (هذا من)(٥) المسائل من(٦) مسألة الجلد والتغريب، ومسألة اعتاق الرقَبة الكافرة في كفارة الظهار، والمقصود نفي قولهم: إن اعتبار العدد زيادة في الآية، بل هو في الحقيقة إثبات حكم بدليلٍ آخر سوى الآية، ولم تتعرض له الآية أصلًا فصح بالسنّة والقياس،

---

(١) في (ز): قالوا: إن اعتبرتم العدد فلا يكون الرضاع يحرم لنفسه.
(٢) في (ز): وهو.
(٣) في (ز): قالوا.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): هذه.
(٦) في (ز): مثل.

وذلك دليل يجوز أن تثبت به الأحكام.

وأمّا قولهم: إن العدد منسوخ فدعوى لا برهان عليها، والذي رووا عن بعض الصحابة رضي الله عنهم أنه نسخ، فقد روينا عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: تُوفّي رسول الله صلى الله عليه والأمر كذلك[1]، والنسخ بعد زمان رسول الله لا يتصور.

وأمّا الذي تعلقوا به من مفهوم قوله عليه السلام: **(لا تحرم المصة ولا المصتان)** فإنما يكون المفهوم عندنا حجة إذا لم يرد نص في مقابلته، وقد وَرَدَ نص في مسألتنا يدل على اعتبار العدد الخمس وهو ما ذكرناه من خبر عائشة رضي الله عنها، فسقط التعلق بالمفهوم.

وقد قيل: إن قوله عليه السلام: **(لا تحرم المصة ولا المصتان)** خرج على وفق سؤال السائل، ولم يكن المراد هو[2] التقدير به[3]، وقد تعلق بعض المخالفين بما رووا من طريق علي رضي الله عنه، أن النبي عليه السلام قال: **(تحرّم الجرعة من اللبن ما يحرّمه الحولان الكاملان)**[4]، وهذا خبر باطل لا أصل له، **(هكذا قال)**[5] أحمد بن حنبل، ويحيى بن معين، وأبو داود السجستاني.

وأما المعنى الذي تعلقوا به فلا يقبل في مقابلة السنّة والاعتماد عليها، وقد ذكر الأصحاب أن معنى النشؤ لما كان هو المعتبر فلابد من [٢٦٤/ب]

---

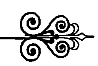
(١) سبق تخريجه ص٥٧٨ حاشية ٣.

(٢) ليست في (ز).

(٣) ليست في (ز).

(٤) لم أجده.

(٥) في (ز): قاله.




اعتبار زيادة على أصل الرضاع؛ لأن[1] النشؤ لا يقع بنفس اللبن إلا بعد وجود مقدار له أثّر في النشؤ عادة، ثم أمر النشؤ أمر يخفى عمله، ويختلف فيه الصبيان اختلافًا فاحشًا فعلق الشرع الحكم بالسبب الظاهر وهو الرضاعات؛ لأنها سبب النشؤ كما أن الماء لما خفي أمره أقيم سببه مقامه، ولما قام الارتضاع الذي هو السبب الظاهر مقام النشؤ قلنا: إذا كثر الفعل تعلقت الحرمة، وإذا لم يكثر لم تتعلق به، فلا ينظر إلى كثرة اللبن وقلته، ولكن ينظر إلى كثرة الفعل وقلّتِه؛ لأنه هو السبب، ولكن تقدير الكثير بنص الرسول ﷺ، والذي قالوا أنه لما لم يعتبر كل الرضاع تعلق الرضاع بجنس الرضاع. قلنا: لم يعتبر كل الرضاع؛ لأن اعتباره لا يمكن لأجل الإجماع، واعتبر الكثير من الرضاع لوجود قيام الدليل عليه، ويجوز أن يعتبر العدد فيما يوجب التحريم، دليله: الطلاق، ويخرج الوطء على ما قلنا[2]؛ لأن تعلق التحريم به لكونه سببًا للماء فالواحد منه، والعدد في هذا المعنى سواء.

وأما في مسألتنا فإنه تعلق التحريم بالرضاع؛ لأنه سبب النشؤ والواحد مخالف للعدد فيه فجاز أن يتعلق بالعدد وإن لم يتعلق بالواحد، وهذا كلام يقابل ما قالوه من غير أن يعتمد عليه ابتداءً في المسألة، فإن الاعتماد في المسألة ابتداءً على السُّنّة على ما سبق، والله أعلم.



(١) في (ز): فإن.

(٢) في (ز): قلناه.

※ (مَسْأَلَة):

اللبن المحلوب من ثدي الميتة لا تقع به حرمة الرضاع عندنا[1].

وعندهم: تقع[2].

لنا:

أن اللبن انفصل من محل خالي عن الحرمة فوجب أن لا يتعلق به الحرمة.

دليله: لبن البهيمة، ونعني بالحرمة الحرمة المناسبة بحرمة الرضاع، وهي حرمة النكاح، بل ليس[3] حرمة الرضاع إلا حرمة النكاح، وليست الميتة بمحل حرمة النكاح، ولا يتصور حرمة النكاح إلا في محل النكاح، فإنه يصح أن يقال: إن الأمهات والبنات محل حرمة النكاح؛ لأنهن محل النكاح ولا يصح أن يقال: إن البهيمة محل حرمة النكاح؛ لأنها ليست بمحل النكاح، فكذلك الميتة. وإذا ثبت هذا فنقول: حرمة اللبن تبع لحرمة صاحبة اللبن، فإذا لم يكن صاحبة اللبن محل الحرمة لم تتعلق باللبن الحرمة، وإذا لم تكن له حرمة من هذا الوجه لم تثبت به حرمة.

وأمّا حجّتهم:

قالوا: وصل اللبن المغذِّي إلى جوف الصبي في زمان الرضاع فيتعلق

---

(١) الأم: ٥/٢٧، المهذب: ٤/٥٨٩، الروضة: ٩/٢، مغني المحتاج: ٣/٤١٥.

(٢) الأسرار: كتاب النكاح: ص ١١٣، مختصر الطحاوي: ص ٢٢٢، المبسوط: ٥/١٣٩، بدائع الصنائع: ٥/٢١٨٠، تنوير الأبصار: ٣/٢١٨، رؤوس المسائل: ص ٤٤٦.

(٣) في (ز): ليست.

به حرمة الرضاع.

دليله: إذا حُلب في حال الحياة ثم سقي بعد الموت، وأما بيان قولنا: «مغذي» إن اللبن مغذي لكونه لبنًا ولا يبطل فيه معنى التغذية بموت المرأة كاللحم مغذي لكونه لحمًا، ولا يبطل فيه معنى التغذية بموت الحيوان، فلبن الميتة مثل لحم الميتة مغذي، فأما التأثير في التغذية حصول التربية بها، ولأن النبي ﷺ اعتبره في حرمة الرضاع، فقال: **(الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم)**[1] وقال: **(الرضاع ما فتق الأمعاء)**[2]، وحرفهم: أنهم يقولون غاية ما في الباب: أن بموت المرأة يتنجس الوعاء واللبن في الوعاء النجس، مثل اللبن في الوعاء الطاهر في ثبوت الحرمة. دليله: سائر الأوعية النجسة.

قالوا: وأمّا قولكم: إن اللبن انفصل عن محل خالي عن الحرمة، ليس[3] كذلك؛ لأن حرمة الآدميين باقية بعد الموت بدليل حرمة النظر واللمس.

وأيضًا قالوا: حرمة اللبن ليست بتابعة لحرمة المرأة بل له حرمة أصلية مثل الولد حرمة أصلية، وهذا لأنه ليس بجزءٍ من الأصل حتى يتبعه في الحرمة، بل هو شيء مُودَع في ثديها (في أصل)[4] الخلقة مثل الولد، مُودَع في بطنها في أصل الخلقة، فثبت له حرمة نفسه كما يثبت للولد حرمة نفسه،

---

(١) رواه أبو داود في سننه: ٥٤٩/١ رقم (٢٠٥٩، ٢٠٦٠)، والدارقطني في سننه: ١٧٣/٤، والبيهقي في سننه: ٤٦١/٧، وقال الألباني في الإرواء انه ضعيف.

(٢) رواه الترمذي في سننه: ٩٧/٥ مع العارضة، وقال: حديث حسن صحيح، والدارقطني في سننه: ١٧٣/٤، وصححه الألباني في الإرواء ٢٢١/٧.

(٣) في (ز): فليس.

(٤) في (ز): بأصل.




والمعنى[١] من الاعتراض لهم هو أنا إن[٢] سلمنا أن حرمة اللبن تبع لحرمة الأصل، ولكن المعتبر هو حالة الحدوث، وحين حدث اللبن كانت حرمة الأصل باقية[٣]، فتعلقت باللبن، وثبت به من التحريم ما يثبت إن لو حلب اللبن في حال حياة المرأة ثم سُقي بعد موتها.

واستدلوا في أن اللبن معتبر قبل الحلب بفصل الربا فإنه لو باع شاة لبونًا بلبن لا يجوز، ولأنه محسوس وجوده في الضرع مثل ما يحس وجوده بعد الحلب.

قالوا: وعندنا لو وهب لبنًا في الضرع ثم حلبه وسلّمَه فإنه يصح، ويملكه الموهوب له، فثبت أن اللبن معتبر قبل الحلب حسًا وحقيقة، وإذا ثبت اعتباره [٢٦٥/ب] تعلق به من الحرمة ما يتعلق بلبن الحية، هذا هو حرف المسألة وإليه يرجع الكلام فيها.

قالوا: وأمّا الوطء فهو خارج على ما قلنا[٤]؛ لأنه إنما كان سببًا للحرمة؛ لأنه سبب البعضية ووطء الميتة لا يكون سببًا للبعضية، فلم يكن سببًا للحرمة، وأمّا اللبن إذا[٥] صار سببًا؛ لأنه سبب التربية والتغذية، وهذا المعنى موجود قائم، وإن انفصل من ثدي ميتة.

---

(١) في (ز): المعتقد.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): قائمة.

(٤) في (ز): قلناه.

(٥) في (ز): فإنما.

۞ الجواب:

قولهم: إنه وصل اللبن المغذّي إلى جوف الصبي.

قلنا: هذا يوجد في لبن البهيمة ومع ذلك لا يتعلق به الحرمة، فإن زعموا أنه لا يوجد التغذية بلبن البهيمة ويفسد به مزاج الصبي، قلنا: يوجد قطعًا ويصلح لبن البقرة والشاة لتغذية الصغار إلا أن لبن الآدميين أصلح. ثم الجواب المعتمد هو: أن التغذية وإن حصلت بهذا اللبن فليست الحرمة؛ لأنه غذاء، فإن الغذاء والطعام واحد، ولو جاز أن يكون هذا الطعام سبب الحرمة جاز أن يكون سائر الأطعمة سبب الحرمة، وإنما صار اللبن سبب الحرمة؛ لأنه حصل وانفصل من محل الحرمة، فتثبت له الحرمة تبعًا للأصل على ما سبق بيانه، فإذا سقطت حرمة الأصل سقطت حرمة التبع.

وأمّا قولهم: حرمة الآدمي بعد الموت قائمة.

قلنا: بلى، في أشياء مخصوصة، ولكن لا هذه الحرمة[1]، والمعتبر هذا[2] الحرمة.

(وقولهم: إن حرمة اللبن ليست بتبعٍ محال؛ لأن حرمته لمّا لم يكن لأنه طعام أو غذاء)[3] وهو ليس في نفسه إلا هذا، فلابد أن تكون حرمته تابعة للأصل، وهذا لأن محل الحرمة هو الآدمي، واللبن غير الآدمي، إلا أنه طعام الآدمي، فإذا كان غيره والأصل هو الآدمي في الحرمة فلابد أن يكون حرمته

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): هذه.

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

تبعًا لحرمته، وخرج على هذا الولد؛ لأنه آدمي مثل الأصل فيكون له حرمة أصلية لا تابعة.

وأمّا قولهم: إن المعتبر هو حالة الحدوث[1].

قلنا: لا، بل المعتبر حالة الانفصال؛ لأن المحرّم هو الرضاع، والرضاع يوجد بانفصالٍ واتصالٍ، فالانفصال من ثدي المرأة والاتصال بجوف الصبي فصار اللبن قابلًا محليّة[2] الرضاع بعد انفصاله من ثدي المرأة. فأمّا قبل الانفصال فهو ساقط الاعتبار في الرضاع؛ لأنه لا يتصور به الرضاع.

يبينه: أن ما بعد الاتصال بجوف الصبي ساقط العبرة حتى لو انتفى الاتصال الموجود بأن قاء الصبي اللبن الذي شربه حتى لم يبق في جوفه منه قطرة، لا[3] تنتفي الحرمة الثابتة، فكذلك ما قبل الانفصال وجب أيضًا أن يكون ساقط العبرة، ويصير كأن اللبن المغذّي المحرّم إنما وُجد بعد الانفصال ولم يكن من قبل موجودًا.

وأمّا فصل الربا فهو منقطع الحكم عن سائر الأشياء، ألا ترى أن مَنْ باع الشَّيْرَج[4] بالسمسم لا يجوز، ونحن نعلم قطعًا أن الشَّيْرَج يوجد بعد العصر، ولم يكن موجودًا من قبل، ومع ذلك حرم البيع؛ لأنه يوجد منه الشَّيْرَج بالعصر، فكذلك هاهنا يجوز أن يحرم البيع في بيع الشاة اللبون

---

(١) في (ز): الحياة.

(٢) في (ز): لمحلية.

(٣) في (ز): فلا.

(٤) الشيرج معرب من شيره وهو دهن السمسم. ينظر: المصباح مادة (الشرج) ص٣٠٨.

باللبن؛ لأنه يوجد اللبن المعتبر بعد الحلب، وخرج على ما ذكرنا المسألة التي أوردوها وهي إذا حلب اللبن في حال الحياة ثم سُقي بعد الموت؛ لأنه انفصل حين انفصل، وحرمة الأصل موجودة بخلاف مسألتنا على ما سبق، والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

المبتوتة[1] إذا كانت حائلًا لا تستحق النفقة عندنا[2].

وعندهم: تستحق[3].

❖ لنا:

قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُو۟لَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[4] فالله تعالى أطلق إيجاب السكنى للمطلقات وقيّد إيجاب النفقة بحالة الحمل فإذا أوجبناها على الإطلاق مثل ما نوجب السكنى أدّى إلى إبطال هذا التقييد[5]. وقد قال جماعة من العلماء: إن المطلق يحمل على المقيِّد، فأما[6] لم يقل أحد أن المقيِّد يحمل

---

(١) المبتوتة: هي التي لا رجعة للزوج عليها، مأخوذة من البت، وهو القطع. المصباح مادة (بت) ص٣٥.

(٢) المهذب: ٦٢٠/٤، معالم السنن للخطابي: ٧١٣/٢، مغني المحتاج: ٤٠٢/٣.

(٣) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٥٥٦، المبسوط: ٢٠١/٥، أحكام القرآن للجصاص: ٤٥٩/٣، فتح القدير: ٤٠٣/٤، ٤٠٤.

(٤) سورة الطلاق، آية: ٦.

(٥) في (ز): القيد.

(٦) في (ز): و.

على المطلق.

يبينه: إن كلمة «إِن» للشرط، فقد شرط الحملَ لوجوب النفقة، والمالُ[1] المعلقُ وجوبه بشرط لا يجب بدونه، كالرجل يقول لغلامه أو وكيله: «انفق على ذوات الأحمال من نسائي»، لا يجوز أن ينفق على غيرهن.

وأما الدليل من جهة السنّة هو ما رواه جرير[2] عن مغيرة[3] عن الشعبي قال: قالت فاطمة بنت قيس: طلقني زوجي ثلاثًا [٢٦٦/أ] على عهد النبي ﷺ، فقال رسول الله صلى الله عليه: (**لا سكنى لكِ ولا نفقة**)[4] والخبر نص في[5] الصحيحين[6]، قالوا: الآية إنما قيّد إيجاب النفقة بحال الحمل لينبه بإيجاب النفقة في هذه الحالة على إيجاب النفقة حال عدم الحمل؛ (لأن مدة)[7] الحمل تطول في العادة؛ لأنها متربصة تحتاج إلى النفقة أكثر مما تحتاج[8] غيرها، فإيجاب النفقة لها دليل على إيجاب النفقة للحامل على

---

(١) في (ز): الحال.

(٢) هو: جرير بن عبد الحميد بن قرط الضبي الكوفي، نزيل الري وقاضيها، ثقة صحيح الكتاب، قيل: كان في آخر عمره يهمُ من حفظه مات سنة ٨٨هـ، وله ٧١ سنة، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص ٥٤.

(٣) وهو: مغيرة بن مقسم الضبي مولاهم أبو هشام الكوفي الأعمى، ثقة متقن إلا أنه كان يدلس، ولا سيما عن إبراهيم بن السادسة، مات سنة ١٣٦هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص ٣٤٥.

(٤) ينظر: سنن الترمذي: ١٤٠/٥ مع العارض، باب المطلقة ثلاثًا.

(٥) في (ز): وهو في.

(٦) يقصد أصله في الصحيحين من طرق أخرى. ينظر: صحيح البخاري: ٤٧٧/٩ مع الفتح، رقم (٥٣٢٣، ٥٣٢٤)، صحيح مسلم: ٩٩/١٠ مع النووي، باب المطلقة البائن لا نفقة لها.

(٧) في (ز): فمدة.

(٨) في (ز): تحتاج إليها.

طريق الأولى.

وزعم أبو زيد: أن في الآية تقديمًا وتأخيرًا، وهو على المعنى كأنه قال: اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم فانفقوا عليهن ولا تضارُوهن لتضيقوا عليهن، وإن كن أولات حمل، وذكر أن في[1] قراءة ابن مسعود على هذا الوجه[2]، فنحمل هذه القراءة في المعنى على تلك القراءة.

قالوا: وأمّا الخبر فهو خبر واحد، وإنما يقبل على وجه حسن الظن بالراوي، وإنما يجب حسن الظن بالراوي ليجب العمل به إذا عرى عن طعن السلف، فأما إذا لم يَعْرُ عن طعن السلف فلا[3] يقبل، وقد روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال: لا ندع كتاب ربنا ولا سنّة نبينا بقول امرأة لا ندري لعلها نسيت[4] أو شُبّه عليها، وروى أن الشعبي روى هذا الحديث فقال له الأسود بن يزيد: أتروي حديثًا ردّه عمر[5]، وعن سعيد بن المسيب قال: تلك امرأة فَتِنت الناس بروايتها[6]، قالوا: ولأنه يحتمل أنها كانت ناشزة، ولهذا أسقط النفقة، ولهذا أسقط السكنى، وأجمعنا على وجوبها، وقد ضَمّ بعضُهم إلى حديث عمر أنه قال حين قال: لا ندع كتاب ربنا ولا سنّة نبينا سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول: **(للمطلقة ثلاثًا: السكنى والنفقة)**[7].

---

(١) ليست في (ز).

(٢) لم أجدها في مظانها من كتب القراءات والتفاسير، وذكرها السرخسي في المبسوط: ٥/٢٠٢، وأجاب عنها المؤلف في ص٥٩٣.

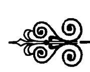
(٣) في (ز): لم.

(٤) رواه مسلم في صحيحه: ١٠/١٠٤، الدارقطني في سننه: ٤/٢٤.

(٥) رواه مسلم في صحيحه: ١٠/١٠٤ مع النووي، والدارقطني في سننه: ٤/٢٣.

(٦) رواه الدارقطني في سننه ٤/٢٧، وقال: اشعث بن سوار ضعيف الحديث.

(٧) ينظر: قول المصنف عن هذا في ص٥٩٣.




والجواب:

أمّا قولهم: إن وجوب النفقة لغير الحامل بطريق الأولى.

قلنا: لا، أَولَى أصلًا.

وقولهم: إن مدة الحمل تطول ما لا تطول مدة الأقراء.

قلنا: هو على العكس أولى؛ لأن مدة الأقراء تطول ما لا تطول مدة الحمل للعدة[1]، فإنه يجوز أن يطلّق، وهي حامل وتضع الحمل لمدة قريبة فتنقضي العدة ولا يتصور انقضاء العدة بالأقراء بمثل تلك المدة.

يبينه: إنه كيف يدّعي التنبيه ومعلوم أن معتمد الخصم[2] في إيجاب النفقة للمطلقة هو أنها محبوسة، وليس معنى الحبس إلا أنها مشغولة بقضاء حق لهذا الزوج المطلِّق، ومعلوم أن الشغل عليها أكثر إذا كانت حاملًا منه، إذا كانت حائلًا فكيف يستدل بطريق الأَولى؟، والأمر على هذا السبيل وعلى أنه لو كان ذكر الحمل للتنبيه على غير[3] حالة الحمل لكان من حق النظم أن يقول: وانفقوا عليهن وإن كن أولات حمل، فلما قدّم قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ﴾[4] دل أنه محض شرط. وأمّا التقدير الذي قالوه فهو مغيّر لنظم الآية ومعناها، فيكون باطلًا فإن ذكروا موضعًا قدّر فيه تقديم وتأخير، قلنا: نعم، يجوز لضرورة وهي أن لا يظهر للآية معنى، فأمّا إذا كانت الآية على

(١) نقله ابن حجر في الفتح عن السمعاني: ٩/٤٨٠.

(٢) في (ز): الخصوم.

(٣) ليست في (ز).

(٤) سورة الطلاق، آية: ٦.

نظمٍ ولها معنى على ذلك النظم فقلبُه تحريف القرآن وتبديله، وتغيره، والذي ادعوا من ذلك في حرف ابن مسعود فلا نعرف.

وأمّا الذي اعترضوا به على الخبر فالخبر إذا ثبت وَجَبَ قبوله، ولا يجوز الاعتراض[1] عليه بوجهٍ مَّا، وأمّا الذي ذكروه من قول عمر وغيره فالأشبه بالحق ترك الالتفات إلى اعتراض المعترضين وطلب تأويل لقولهم: وأن لا نترك الحديث بقول (أحدٍ مَّا)[2]، بعد أن ثبت، ووجه التأويل لقول عمر إن ثبت، وإنما قلنا: «إن ثبت»؛ لأن إبراهيم النخعي روى تلك الكلمة عن عمر، وإبراهيم وإن كان من الأئمة الثقات لكنه لم يلق عمر فيكون مرسَلًا[3]، والمرسَل لا يكون حجة، ثم وجه قول عمر: أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إنما قال ما قال لأجل روايتها إسقاط السكنى بدليل أنه قال: لا ندع كتاب ربنا، وفي الكتاب إيجاب السكنى لا إيجاب النفقة، وأمّا إسقاط السكنى فلم يكن إسقاطًا حقيقة، بل نقلها رسول الله صلى الله عليه إلى بيت ابن أم مكتوم، لأنها كانت تبذو على أحمائها وتستطيل عليهم بلسانها، وقد روى عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[4] قال: الفاحشة المبينة أن تبذو على أحمائها[5]، وإذا فعلت ذلك حل لهم إخراجها، فقول النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ: لا سكنى لك، إنما كان بهذا السبب، وكان في الحقيقة مجرد نقل [٢٦٦/ب] لها من بيت إلى بيت ولم يكن إسقاطًا

---

(١) في (ز): الاشتغال بالاعتراض.
(٢) في (ز): آخر.
(٣) ينظر: فتح الباري: ٩/٤٨١.
(٤) سورة الطلاق، آية: ١.
(٥) أخرجه الطبري في تفسيره: ٢٨/١٣٤.

من الأصل، فكانت تنقل إسقاط السكنى لأجل هذا النقل الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه في حقها، وسكتت عن السبب، فهذا موضع المغمَّى عليها في الحديث. وأمّا أصله ثابت.

فإن قالوا: إنما أسقط النفقة بهذه العلة أيضًا.

قلنا: لا يصح هذا؛ لأن المطلقة إذا كانت ملازمة لبيتها وإن بَذَتْ على أحمائها لا تسقط نفقتها على أصولهم، والنقل الذي نقله رسول الله صلى الله عليه لم[1] يكن إسقاطًا للسكنى، وأمّا[2] المرأة ظنّت أنه إسقاط فروت على ما ظنّت ثم الذي يقطع الإشكال ما روى أبو داود في سننه هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه قال لها: **(لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملًا)**[3] وأما الذي ضموه إلى حديث عمر فهو قول بعض المجازفين من المتفقهة ولا يحل روايته[4]. هذا هو المعتمد في المسألة، فلأنه[5] لا مزيد على الكتاب والسنة، وإن تكلمنا بطريق المعنى فوجه ذلك: أن النفقة مال وَجَبَ بسبب الزوجية على اسم نفقة الزوجات، فيسقط بانقطاع الزوجية، وقد انقطعت الزوجية بالطلاق الثلاث من كل وجهٍ على ما قلنا[6] قبل هذا.

والحرف: أن نفقة الزوجة لا تجب إلا للزوجة[7]، فأمّا الأجنبية

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): وإنما.
(٣) ينظر: سنن أبي داود: ٢/٧١٦ مع المعالم رقم (٢٢٩٠) صححه الألباني في الإرواء ٧/٢٢١.
(٤) نقله ابن حجر في الفتح عن السمعاني: ٩/٤٨١.
(٥) في (ز): فإنه.
(٦) في (ز): قلناه.
(٧) في (ز): للزوجية.




فيستحيل[1] أن تستحق نفقة الزوجات.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: حبس النكاح عليها قائم فوجب أن يبقى وجوب النفقة، وربما يعتبرون على الحبس بملك اليد، واستدلوا على أن الحبس حبس النكاح بما ذكروه في مسألة نكاح الأخت[2] والمختلعة، وكذلك الكلام في ملك اليد قد مضى.

وحرفهم: أنه بالتمكين منها وطئًا قد صارت في يده محسوسًا؛ لأن اليد لا تعرف إلا بهذا، وهذه اليد قائمة عليها بعد الطلاق الثلاث لبقاء العدة، وادّعوا أن النفقة بازاء الحبس.

قالوا: وهذا صحيح على مناهج الشرع؛ لأن الأصل المعروف مشروعًا ومعقولًا أن الشخص إذا أُحتبس على شيء[3] لقضاء حق له أجرى الشارعُ له رزقًا من مال مَنْ أُحتبس عليه كفاية له ليتفرغ لقضاء ذلك الحق، وهذا كأرزاق القضاة والمفتين والمحتسبة وغيرهم لما أُحتبسوا على أعمال معلومة للمسلمين وجب لهم رزق في بيت مال المسلمين، كذلك هاهنا، هذا بيان قولنا: إنه مشروع كذلك، وأما بيان قولنا «معقول» كذلك أنه إذا أُحتبس عليه وإصلاح المعاش بالمكاسب والمكاسب بالتقلب والتصرف وذلك يفسد بالحبس فيكون ترك إيجاب النفقة محض ظلم، والشرع لا يرضى بالظلم.

---

(١) في (ز): فيمتنع.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): شخص.

واستدلوا من جهة الحكم بالسكنى، ووجوب (نفقة الحامل)[١]، وهما فصلان في غاية الإشكال، وقالوا: في السكنى إنها سكنى النكاح (إلا أنها تعلّق بها حق الشرع)[٢] في زمان العدة؛ لأنها ليست بذات حظٍ من الزوج فلا يؤمن أنها إذا خرجت تتطلع إلى الفاحشة، والفاحشة محرّمة لحق الله تعالى، فتعلق حق الله تعالى بالسكنى من هذا الوجه. وقالوا في نفقة الحامل: أنها للحامل لا للحمل؛ لأن الحمل ليس بمحل وجوب النفقة له[٣]؛ لأن الولد في حكم جزء من أجزاء الأم[٤] في باب الغذاء ما لم ينفصل عنها، فلا تجب له نفقة على حده، ولأن لها أن تطلب النفقة إذا كانت حاملًا ولو كانت للحمل وجب[٥] أن يكون الطلب لولي الحمل؛ ولأن الحمل إذا كان مملوكًا لا يجب نفقةً[٦] على مالكه، ولو كانت النفقة للحمل وجب[٧] على مالكه؛ ولأن المتوفى عنها زوجها لا تجب لها النفقة وإن كانت حبلى، ولو كانت للحمل لوجبت، إما في التركة أو على الجد إن كان قائمًا، فثبت أن النفقة للحامل لا للحمل، وإذا كانت للحامل فكذلك إذا كانت حائلًا؛ لأنه لا فرق بينهما بوجه.

۞ الجواب:

إن العدة ليست واجبة لحق النكاح إنما هي حق ماء محترم وقد سبق

---

(١) في (ز): النفقة للحامل.
(٢) في (ز): لأنه حق تعلق به حق الله تعالى.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): الأمر.
(٥) في (ز): يوجب.
(٦) في (ز): نفقته.
(٧) في (ز): لوجبت.

بيان هذا وكذلك بيّنا أنه ليس للزوج عليها ملك يد بالنكاح ولئن كان فقد انقطع الجميع بالطلاق الثلاث، وإنما العدة حبس ثبت عليها شرعًا من غير أن يكون لحق الزوج أصلًا، وإذا ثبت شرعًا لا لحق الزوج لا يكون سببًا لوجوب النفقة، فإن استبعدوا هذا وقالوا: كيف لا يكون لحق الزوج والنكاح حقه؟.

قلنا: ليست العدة (لقضاء حق)[1] النكاح حتى يُسمع هذا الاستبعاد، فإن قالوا: إن العدة إن لم يكن لقضاء حق النكاح فهي لقضاء حق الماء، والماء له[2] فيكون حقًا له.

قلنا: إن كان له حق فليس له حق إلا صيانة الماء لأجل الولد، فنقول: إن كان هناك ولد، [٢٦٧/أ] فإن[3] كانت المرأة حبلى نقول: أنها محبوسة بحقه، فلا جَرَمَ تجب النفقة، فأمّا إذا كانت غير حامل فلا يتصور في هذه الصورة حق الزوج لأن الماء في الرحم ليس إلا الولد، وإذا[4] لم يكن ولد فلا ماء، فكيف تجب العدة لصيانته؟.

فإن قالوا: يجب لجواز أن يكون ولد.

قلنا: هذا يظهر، والحمل يُعرف وعدمُ الحمل يُعرف فوجب إدارة الحكم عليه، وقد ظهر بهذا الجوابُ عن فصل الحبس، وعن فصل نفقة الحامل، وكان هو المشكل وعلى هذا الاعتماد. وقد قيل في نفقة الحامل:

---

(١) في (ز): قضاءً لحق.
(٢) في (ز): حق له.
(٣) في (ز): بأن.
(٤) في (ز): فإذا.




وجبت لأنها مشغولة (بتربية ولده في رحمها، وهذا القدر لا يمكن الاكتفاء به في الجواب، ويقولون الحامل مشغولة أيضًا)[1] بصيانة مائه في رحمها، ووجه الجواب على ما سبق، ويمكن أن يقال أيضًا أن أصل قياسكم الحائل[2] على الحامل[3] فاسد؛ لأنه يتضمن إسقاط تقييد وَرَدَ به النص في القرآن، وكذلك يقال في السكن إن الله تعالى أطلق إيجاب السكنى وقيد إيجاب النفقة بحال الحمل، وهذا التفريق منصوص عليه، فلا يجوز الجمع بين شيئين قياسًا، وقد فرّق نص الكتاب بينهما فبما جمعهما القياس؟ ثم نقول: إن السكنى وجبت لحق الله تعالى لا لحقها، والنفقة لو وجبت وجبت لحقها، وعلى الجملة سكنى النكاح قد سقطت[4] بارتفاع النكاح، وإنما هذا سكنى غير تلك السكنى على ما عُرِف.

واعلم أن الأصحاب قد منعوا أن تكون النفقة بازاء الحبس، وزعموا أنها بازاء التمكين وكلاهما يعسر تمشيته، وكيف يُقابَل حبس واجب بالعقد، أو تمكين واجب بالعقد بمال زائد؟، وهم يقولون: إن النكاح عقد لا يعرف موجبه إلا بالاستحلال المجرّد والحبس حق زائد للزوج على المرأة لتتميم أغراض النكاح ومقاصده، فقوبل[5] أيضًا بحق زائد لها عليه وهو النفقة، وقد ذكرنا الجواب[6] من قبل، وعليه المعوّل ويدخل على الحبس الذي قالوا[7]

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): الحامل.
(٣) في (ز): الحائل.
(٤) في (ز): ارتفع.
(٥) في (ز): وقوبل.
(٦) في (ز): الجواب عنه.
(٧) في (ز): قالوه.

العدة من النكاح الفاسد والوطء بشبهة وهم يقولون: المعتبرُ حبسٌ وَجَبَ لقضاء حق النكاح، والعدة في الصورتين لم تجب لقضاء حق النكاح، وليس هذا بشيء، والإلزام متوجه؛ لأن الحبس قد وَجَبَ ولم تجب النفقة، وأمّا رزق القضاة ومن أشبههم فليس يشبه مسألتنا (من وجه)[1]، وإنما أولئك قوم عملوا لله تعالى فوجبت كفايتهم في مال الله تعالى، أو يقال: قد ظهر في الشرع ثبت مالٍ مَعدٍّ للمصالح وهو خمس الخمس، وأصلح المصالح هو الصرف إلى هؤلاء ليقوموا بمصالح الناس، ومسألتنا بعيدة من هذا النمط. والله تعالى أعلم بالصواب.

※ (مَسْأَلَة):

إذا أعسر الزوج بنفقة امرأته فإنه يفرِّق بينهما[2] عندنا[3][4].

وعندهم: لا يفرِّق[5]، وقالوا[6]: لا يصلح هذا سببًا موجبًا للتفريق بحال[7].

وعندنا: يصلح[8].

(١) في (ز): بوجه.
(٢) في (ز): بينه وبينها.
(٣) الأم: ٥/٩١، المهذب: ٤/٦١٤، الروضة: ٩/٤٢.
(٤) ليست في (ز).
(٥) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٨٢٤، مختصر الطحاوي: ص ٢٢٣، فتح القدير: ٤/٣٨٩، رؤوس المسائل: ص ٤٤٨.
(٦) ليست في (ز).
(٧) فتح القدير: ٤/٣٨٩، رؤوس المسائل: ص ٤٤٨.
(٨) ينظر: المراجع في حاشية (٢).

❁ لنا:

قوله تعالى: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾[(١)]، وقال تعالى: ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖ﴾[(٢)] فقد أمر الله تعالى بأحدهما على الحتم فإذا فات أحدهما تعيّن الآخر، وإذا كان معسرًا بالنفقة فقد فات الإمساك بالمعروف، فوجب[(٣)] التسريح بالإحسان، فإذا لم يفعل فرّق القاضي بينهما وهذا لأن هذا الواجب لحقها فإذا امتنع من إيصال[(٤)] حقها إليها ناب القاضي في الإيصال منابه[(٥)] مثل سائر الحقوق، ثم الدليل على فوات الإمساك بالمعروف أن الواجب باسم النفقة، والنفقة تجب لكفاية الحاجات على مرّ الأوقات، ولهذا تجب يومًا فيومًا؛ لأن الحاجة تحدث يومًا فيومًا، وقد فاتت الكفاية[(٦)] في مسألتنا مع وجود الحاجة ففات الإمساك بالمعروف.

والحرف: أن الإمساك بالمعروف هو القيام على النكاح مع القيام بحقوقه ومن حقوقه الدّارة هو[(٧)] النفقة، وإذا لم يوجد القيام بحقوقه الدّارة يفوت الإمساك بالمعروف قطعًا، ولهذا إذا كان مجبوبًا أو عنّينًا ثبت حق التفريق وكان المعنى هو[(٨)] فوات الإمساك بالمعروف، بل فوات الإمساك بالمعروف

---

(١) سورة البقرة، آية: ٢٣٠.

(٢) سورة الطلاق، آية: ٢.

(٣) في (ز): فتعين.

(٤) في (ز): إيصالها إليها.

(٥) ليست في (ز).

(٦) ليست في (ز).

(٧) في (ز): هي.

(٨) في (ز): فيه هو.

لفوات النفقة أشد منه بفوات الوطء؛ لأن الصبر عنها أشق والحاجة إليها أشد، ونفعها[1] أكثر لتعلق بقاء الأصول بها، وأمّا[2] الوطء فهو[3] مشروع لبقاء النسل لا لبقاء الأصل، فدل أن ثبوت التفريق بفوات النفقة أولى من ثبوت التفريق بالوطء يدل عليه أن الله تعالى قال ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى [٢٦٧/ب] ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾[4]، وحقيقة القوامية (القيام بعقدة)[5] النكاح وثبوت الولاية عليها بالإمساك والإطلاق، والله تعالى جعل هذه القوامية بالنفقة، وفيه نص الكتاب فإذا فاتت النفقة واستمرت القوامية صار النكاح عين ضرر ومضرة عليها، والإمساك بالمعروف[6] لا يوجد مع تحقق الضرر من غير دافع.

❁ **أمّا حجّتهم:**

قالوا: النفقة مال، وجبت[7] بعقد النكاح والعجز عنها[8] لا يوجب التفريق.

دليله: المهر.

و(أمّا)[9] فقههم (في المسألة)[10]، قالوا: المال تبع في باب النكاح

---

(١) في (ز): والضرر بفقدها.
(٢) في (ز): فأما.
(٣) ليست في (ز).
(٤) سورة النساء، آية: ٣٤
(٥) في (ز): بقيام عقدة.
(٦) في (ز): بمعروف.
(٧) في (ز): وجب.
(٨) في (ز): عنه.
(٩) زيادة من (ز).
(١٠) ليست في (ز).

سواء كان مهرًا أو نفقة، وإنما قلنا: ذلك لأن النكاح يُعقد للسكن والازدواج والتناسل والتوالد، وأيّ ذلك كان فالمال تبع فإن الأصول في العقود ما تعقد لها العقود وتشرع لها ونحن نعلم أن النكاح لا[١] يعقد لطلب المال، وما شُرِعَ لأجله، وإنما شُرع لما بيّنا[٢] أو لقضاء الشهوة، فدل أن المال تبع وفوات التبع لا يوجب رفع الأصل وهذا لأن العقد إذا كان شرع لشيء وذلك الشيء باقٍ يبقى العقد ببقائه، ولا يُبالَى بفوات تبع أو ثمرة.

قالوا: وعلى هذا خرج الوطء؛ لأنه أصل وليس بتبعٍ، وفواته[٣] جاز أن يوجب ثبوت الخيار، ثم قالوا: الفوات لم يتحقق في مسألتنا إنما وُجد مجرّد تأخير إلى زمان اليسار، فإن لها أن ترجع[٤] الأمر إلى القاضي فيقضي بالنفقة وتصير دينًا في ذمَّته، وإذا صار دينًا لم يُوجد الفوات بخلاف الوطء، فإنه يتحقق الفوات فيه؛ لأنه لا يصير دينًا عليه بحال، وربما يقولون أن الزوج إذا كان مجبوبًا أو عنّينًا إنما ثبت الخيار لوجود ظلم التعليق بأن[٥] قضاء الشهوة إذا كان مقصودًا وقد تعيّن الزوج لها لهذا المقصود إذ لا وصولَ لها إلى هذا المقصود إلا من قبله[٦] وقد استدام النكاح عليها فقد صارت مظلومة بظلم التعليق، ومعنى ظلم التعليق أنها لا ذات بعلٍ ولا أيّمٍ فتكون متروكة معلّقة، وقد نهى الله تعالى عنها على ما ورد به النص.

---

(١) في (ز): ما.

(٢) في (ز): بيناه.

(٣) في (ز): ففواته.

(٤) في (ز): ترفع.

(٥) في (ز): فإن.

(٦) في (ز): جهته.




وأمّا[١] في مسألتنا فلا[٢] يوجد ظلم التعليق باعتبار الزوج، لأنه[٣] غير متعينٍ لهذا المقصود فإنها إن لم تصل إلى هذا المقصود من قبله[٤] فتصل من قبل غيره، وما عليه يصير دينًا في ذمته إلى أن يتيسر، ومال الله تعالى غادٍ ورائحُ، (وفضل الله تعالى متوقَّع في كل زمان)[٥].

قالوا: وأمّا الذي قلتم[٦] من بقاء القواميّة مع فوات النفقة قالوا: بلى، هو كما قلتم ولكنها[٧] تزيل[٨] عنها ولاية الحبس، حتى لها أن تخرج وتكتسب فيندفع الضرر ويزول بعض ولاية القواميّة، وهذا لأن الضرر الذي عليها ليس إلا مجرد تأخير لحقها والذي من قبله إذا فرّقنا بينهما محض فوات (فلا يتحمل)[٩] التفويت بوجود مجرد تأخير للحق[١٠].

وأمّا في المجبوب والعنّين ففي الجانبين وُجد[١١] فوات الحق فنظرنا إلى الترجيح فنقول: الترجيح لجانبها لأن السبب الموجب للفوات من قبَله لا من قبَلها، فقدمنا حقها على حقه، لهذا المعنى ولمشايخهم مسائل إلزامية

---

(١) في (ز): فأما.

(٢) في (ز): فلم.

(٣) في (ز): فإنه.

(٤) في (ز): جهته.

(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٦) في (ز): قلتموه.

(٧) في (ز): ولكن.

(٨) في (ز): زوال.

(٩) في (ز): ولا يحمل.

(١٠) في (ز): الحق.

(١١) في (ز): وجود.

يسهل الخروج عنها فلم نشتغل بها. وربما يوردون العاجز عن نفقة أمّ الولد والطفل لا يؤمر بإعتاقهما.

وقد قال بعضهم: إن النفقة ليست في مقابلة ملك البُضع فلا يجوز إسقاط ملك البُضع بالعجز عن مَا لَا يَقابله.

وقد تعلق بعضهم بقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[1] وإنما[2] ثبت الإنظار والإمهال من قِبَل الشارع (سقطت المطالبة، وإذا سقطت المطالبة بالنفقة)[3] سقطت المطالبة بالتفريق؛ لأن المطالبة بالتفريق بناء على المطالبة بالنفقة فإذا سقط أحدهما حُكم بسقوط الآخر.

۞ **الجواب:**

نبدأ أولًا بالفقه[4] الذي قالوه وزعموا أنه المعتمد عليه.

قولهم إن المال تبع في النكاح.

قلنا: يجوز أن يُمنَعَ، ويقال: أن المال أصل؛ لأن النكاح عقد إيجاب وكل ما يوجب به يكون أصلًا، ولأنه عقد معاوضة والمال يصلح مقصودًا في المعاوضات. ثم الجواب المعتمد هو: أن نسلّم لهم أن عين المال تبع، ولكن بفواته يفوت مقصود عظيم، وهو الإمساك بالمعروف.

---

(١) سورة البقرة، آية: ٢٨٠.

(٢) في (ز): وإذا.

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٤) في (ز): العقد.

فإن قالوا: إذا كان تبعًا فكيف يفوت الإمساك بالمعروف؟.

قلنا: إن كان هو تبعًا في المعنى الذي قلتم وهو[1] أنه لم يُشرع [٢٦٨/أ] النكاح لأجله[2] ولكنه حق من حقوق النكاح وثمرة من ثمراته، وقد ذكرنا أن الإمساك بالمعروف هو القيام على النكاح مع إقامة حقوقه، فإذا لم يوجد يفوت، (وهذا كما نقول: في الوطء)[3] فإن المال كما أنه تبع كذلك فعل الوطء تبع إنما الأصل ملك الحِلّ، فإن النكاح عقد معقود لمعنىً فالأصل فيه ما لا يخلو عنه، فأمّا ما يجوز خلوه عنه فلا يكون أصلًا وفعل الوطء يجوز خلو النكاح عنه، فأمّا الاستحلال فلا يجوز خلوه عنه، فإنه لو تزوج امرأة ولم يطأها أصلًا يكون العقد جائزًا ولا خلل فيه، فثبت أن فعل الوطء تبع ومع ذلك ثبت الخيار في مسألة المجبوب والعنّين، وإن لم يفت إلا فعل الوطء ولكن قيل[4] لَمَّا كان مقصودًا في الثمرات ففواته يوجب فوات الإمساك بالمعروف فثبت الخيار لأجله، كذلك النفقة وإن لم تكن أصلًا ولكن (هو مقصود)[5] في الثمرات، ففواته يوجب فوات الإمساك بالمعروف.

وأمّا قولهم: إن النفقة لم تفت أصلًا لأنها تصير دينًا في الذمة.

قلنا: قد فات المقصود الأصلي[6] بالنفقة؛ لأن إيجاب النفقة لم يكن

---

(١) في (ز): فهو.
(٢) في (ز): من أجله.
(٣) في (ز): وعلى أنا نقول.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): هي مقصودة.
(٦) ليست في (ز).

ليكون للمرأة على الزوج مال[١] إنما[٢] كان لكفاية الحاجة الوقتيّة، وقد فات، فإن قالوا: كيف يكون وجوبُها لهذا وهي تجب للموسرة كما تجب للفقيرة؟.

قلنا: قد أعرض الشرع عن مالها[٣] في هذه الحاجة وجعلها كالمعدوم بدليل إيجاب هذا الحق باسم النفقة، ولا تكون النفقة واجبة إلا لهذه[٤] الجهة، وهي جهة كفاية الحاجة، وقد خرج المهر على هذا الأصل إن سلمنا على أحد القولين لأن الفوات لا يتحقق لأنه وجب دينًا في ذمته وبقي دينًا إلا أنه تأخّر وفي مسألتنا وَجَبَ نفقة، وقد فاتت النفقة، وأيضًا المقصود[٥] من التفريق هو فتح باب الوصول إلى زوجٍ آخر عليها يقوم بحقوقها وفي المهر لا تصل بالزوج الثاني إلى عين ما فات من الزوج الأول، وإنما تصل إلى مثل ما فات (في مسألتنا تصل إلى عين ما فات)[٦] من الزوج الأول؛ لأن الفائت من الزوج الأول كفاية الوقت وبالزوج الثاني تصل إلى هذا، وفصل القوامية معتمد في التفريق.

وقولهم: إنه يزول حبسه عنها.

قلنا: هذه آفة أخرى غفلتم عنها؛ لأن إثبات ولاية الحبس عليها (من أعظم مصالحها كما أن النفقة من أعظم مقاصدها في طلب الثمرات، وبالإعسار)[٧]

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): بل.
(٣) في (ز): حالها.
(٤) في (ز): بهذه.
(٥) في (ز): فإن المقصود.
(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).

تفوت[1] المصلحة المقصودة والثمرة المطلوبة، فلا يجوز إثبات ولاية القومية عليها مع هذا الفوات العظيم في جانبها، فإن ولاية القواميّة إذا كانت بالإنفاق بنص الكتاب فلا يجوز إثباتها بدون الإنفاق فإن[2] الشيء لا يثبت بدون سببه.

وأمّا الذي ذكروه من وجود ظلم التعليق ففي مسألتنا هو كذلك؛ لأن تركها[3] في نكاحه بلا نفقة ظلم أيضًا، وكذلك إلجآؤها إلى البروز والتكسب وربما ترتكب فاحشة وضرره عظيم، وهو[4] ظلم ظاهر، فإن قالوا: إن الزوج متعنِّت في القيام على النكاح مع الجب والعِنَّة لأنه يستغني عن النساء فأزيل تعنته، وفي مسألتنا هو محتاج إلى النساء مع إعساره فلا يكون متعنتًا.

قلنا: ينبغي أن يتسلى بالصبر والصوم في مسألتنا، ونقول في جانب الأصل هو أيضًا غير متعنّتٍ؛ لأنه[5] إن لم يكن محتاجًا إلى النساء لأجل الوطء فربما يحتاج لغير الوطء وليس كل المقاصد هو الوطء.

وحقيقة الجواب: أن هذا الذي تقولون[6] هو جاء من النظر في جانبه، ونحن إنما أثبتنا الخيار للنظر في جانبها، فهب أنه محتاج إلى النساء، ولكن حاجته لا توجب صبرها على الضرر، وقد تحقق الضرر على ما سبق بيانه، فوجب دفعه.

---

(١) في (ز): إذا أزيل لفوات.
(٢) في (ز): لأن.
(٣) في (ز): تركها من قوله.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): فإنه.
(٦) في (ز): تقولونه.

وأمّا المسائل التي يوردونها فليس يدخل شيء من ذلك على الأصل الذي قلناه.

وأمّا تعلقهم بالآية فضعيف أيضًا لأنه ثبوت الإمهال والإنظار أثره في أن لا يطالَب بالنفقة، وعندنا: لا يُطالَب بالنفقة وإنما يُطالب بالتفريق لفوات النفقة على ما سبق بيانه، وسواء كان مطالَبًا بالنفقة أو لم يكن مطالبًا بالنفقة، فالفوات قد تحقق وهو مثل الوطء سواء، فإنه كما لا مطالبة على الفقير بالإنفاق، فكذلك لا مطالبة على المجبوب بالوطء، ولكن ثبت الخيار بالطريق الذي قدمنا[(١)]، كذلك هاهنا وإن ألزموا إذا[(٢)] كان موسرًا وَلم ينفق.

قلنا: لا[(٣)] يوجد الفوات في تلك الصورة؛ لأن القاضي يجبره على الإنفاق، وإن لم ينفق صرف ماله إلى النفقة بنفسه، وفي مسألتنا تحقق [٢٦٨/ب] الفوات، وفي تلك الصورة لو صوّروا موضعًا يتحقق فوات النفقة، نقول: يفرق بينهما، والله تعالى أعلم بالصواب.

※ (مَسْأَلَة):

نفقة القرابة لا تجب عندنا إلا للوالدين والمولودين[(٤)].

وعندهم: تجب لكل ذي رحم محرم من القرابات[(٥)].

---

(١) في (ز): قدمناه.

(٢) في (ز): ما إذا.

(٣) في (ز): لم.

(٤) المهذب: ٤/٦٢٥، الروضة: ٩/٨٣، مغني المحتاج: ٣/٤٤٦.

(٥) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٨١٩، بدائع الصنائع: ٥/٢٢٣٠، المبسوط: ٥/٢٢٣.




❁ **لنا:**

أنّ الأصل أن لا تجب (لأحد النفقة على أحدٍ؛ لأن النفقة)[1] كفاية لمن تجب له[2] النفقة، وكفاية أهل الحاجة من المسلمين في بيت مال المسلمين، ولأن مال كل إنسان حقه على الخصوص واختصاصه به يمنع ثبوت حق غيره فيه إلا بوجود إيجاب من قبله، فإذا لم يوجد فكأنه فُقِدَ سبب الوجوب فلم يجب.

يبينه: أنه لم يوجد (في مسألتنا)[3] بين الأخ والأخ إلا القرابة، ومجرد القرابة لا يكون سببًا لوجوب مال لأحدهما على الآخر، كما في حال الغناء، وكما نقول في حق سائر الأقرباء سوى المحارم، وأمّا إذا كان أحدهما محتاجًا فالمحتاج كفايته في بيت المال، إمّا لأنه ماله، فإنه ثَبْتُ مال المسلمين، وهذا واحد من المسلمين، أو لأن بيت المال مال الله ﷻ، ولابد له من مَصْرِف، وأولى الْمَصَارِفِ أن يُصرف إلى ذوي الحاجة من عبيده. وأمَا قرابة الوالدين والمولودين فإنما أوجبت النفقة (فيها بالإجماع)[4] معدولًا به عن القياس، أو بنص الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[5]، والقرابة الأخوة والأعمام ليست مثل قرابة الوالدين والمولودين حقيقة وحكمًا، أمّا الحقيقة فلانعدام البعضية، والبعضية وصف

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٢) زيادة من (ز).

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٤) زيادة من (ز)، ينظر: المغني في أصول الفقه للخبازي ص١٤٩، فتح الباري ٩/٤٩٨.

(٥) سورة البقرة، آية: ٢٣٣.

مؤثر؛ لأنه إذا كان بينهما بعضية فليصر أحدَهما مثل الآخر، وكما يجب على الإنسان نفقة نفسه يجوز أن يجب عليه نفقة بعضه.

وأما الحكم فالدليل عليه: أن النفقة مع اختلاف الدين تجب للوالدين والمولودين ولا تجب لغيرهم من الإخوة والأعمام، والمسائل كثيرة في التفريق، ولكن أخترنا هذه المسألة لأنها في النفقة، ولهذه المسألة أخوات وهي كافية.

❁ **أمّا حجّتهم:**

قالوا: قرابة موجبة للصلة محرّمة للقطيعة فأوجبت[١] النفقة.

دليله: قرابة الأبوة[٢]، والدليل على أنها توجب الصلة: أنها تحرّم القطيعة، والدليل على حرمة القطيعة النصوص الواردة في (الباب، و)[٣] الكتاب والسنة على ما عُرف في مسألة عتق الأخ.

والدليل من حيث الحكم على وجوب الصلة وحرمة القطيعة: حرمة نكاح الأمهات والبنات والأخوات صلةً وكرامةً لهن، وحرمة الجمع بين الأختين، والجمع بين المرأة وعمتها، والمرأة وخالتها، احترازًا من قطيعة الرحم. وإذا ثبت هذا الأصل فنقول: ترك إيجاب المنفعة قطيعة للرحم؛ لأنا إذا لم نوجب النفقة[٤] لم ينفق، وإذا لم ينفق يهلك، وإذا لم يهلك يلحقه

(١) في (ز): فتوجب.
(٢) في (ز): الولادة.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) ليست في (ز).

التعب الشديد والأذى العظيم، وتعريض القريب لهذا مع إمكانه الدّفع قطع الرحم، وقطع الرحم بهذا أعظم من قطع الرحم بالجمع بين الأختين، أو بالنكاح لها؛ لأن الأذى هاهنا أكثر.

قالوا: ويخرج ابن العم على هذا؛ لأنها[1] لا توجب الصلة، فلا تحرّم القطيعة بدليل عكس ما ذكرنا[2].

الجواب:

إن الكلام على ما سبق وقولهم: إن هذه القرابة توجب الصلة.

قلنا: لسنا نسلّم الإيجاب ونسلّم الندبية والاستحباب[3] فإن الصلة بالمال مقدمة للأقرباء على سائر الناس، وكذلك[4] في باب الزكاة فإن الصرف إليهم أولى من صرفها إلى غيرهم، فأمّا وجوب الصلة بالمال فلا نسلّم، وأمّا تحريم المناكحة فليس على طريق الصلة بل هو محض تعبّد، وأمّا قطيعة الرحم فنسلّم حرمتها، لكن لا نسلّم أن في ترك الإنفاق قطيعة الرحم، لما بيّنا أنه[5] حقه على الخصوص، ولا يكون في إمساكه حقه وماله، وترك بذله لغيره قطيعةٍ[6] بوجهٍ مّا.

وأمّا قوله: إنه يهلك إذا لم ينفق.

---

(١) في (ز): فإنه قرابة.
(٢) في (ز): ذكرناه.
(٣) في (ز): الإيجاب.
(٤) في (ز): فكذلك.
(٥) في (ز): من أنه.
(٦) في (ز): قطيعة الرحم.




قلنا: إنما يهلك إن لو تعيّن هذا الوجه بحياته، فأما إذا كان هناك وجوه[1] أخر سوى هذا الوجه فلا يؤدّي إلى الهلاك ولتحصيل النفقة جهات كثيرة كنفقة الأجنبي أو (ابن العم حتى)[2] إذا تعيّن وجب عليه الإطعام سواء كان قريبًا[3] أو غيره. وفصل تحريم المناكحة يدخل عليه فصل الرضاع، ويدخل عليه حال اختلاف الدين فإنه كما تحرم عليه أخته المسلمة تحرم عليه أخته الذمّية، وكذلك كما يحرم عليه الجمع بين الأختين المسلمتين يحرم عليه الجمع بين الأختين [٢٦٩/أ]، (وإن كان)[4] إحداهما مسلمة والأخرى ذمّية.

وأمّا قولهم: إنه يلحقه الأذى الشديد والتعب بترك الإنفاق.

قلنا: مسلّم، ولكن هذا القدر لا يوجب النفقة، ألا ترى أن نكاح[5] حليلة الأخ لا يحرم على الإنسان ومعلوم أن تحريم الحليلة في الوالدين والمولودين إنما كان للاحتراز عن إدخال الوحشة في قلبه وإلحاق[6] الأذى به، وبهذا الطريق حرم نكاح أزواج الرسول صلى الله عليه من بعده، وقد ورد القرآن بهذا المعنى ومع ذلك لا تحرم حليلة الأخ على أخيه، وكذلك حليلة الخال والعم، ولم يلتفت إلى ذلك الأذى الذي يلحقه بنكاح حليلته، كذلك هاهنا. والله أعلم.

---

(١) في (ز): وجه.

(٢) في (ز): عند اختلاف الدين أو ابن.

(٣) في (ز): بعيدًا أو قريبًا.

(٤) في (ز): فإن كانت.

(٥) ليست في (ز).

(٦) في (ز): إدخال.




※ (مَسْأَلَة):

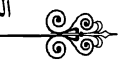
النفقة تصير دينًا بغير قضاء القاضي ولا تسقط بمضي الزمان[١].

وعندهم: لا تصير دينًا إلا أن يتصل به قضاء القاضي[٢].

❖ لنا:

أن النفقة أحد مال القُوامية فصار دينًا بنفسه، دليله: المهر ونعني أن الله تعالى أوجبها بسبب القُوامية عليها، والدليل على هذا نص الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾[٣] وأجمع أهل التفسير أن المراد به المهر والنفقة[٤]، والقُوامية حقيقتها ما ذكرنا[٥] من قبل، وهو قيامُه بعقدة النكاح وثبوت ولاية النكاح له رَفعًا وإبقاءً، وهذه القُوامية له ثابتة، فالمال[٦] وجب[٧] أن يكون (عليه واجبًا)[٨]، ومحل الوجوب الذمة وما وجب في الذمة لا معنى لسقوطه بمضي الزمان.

(١) المهذب: ٦١٩/٤، النكت: ورقة ٢٥٠/ب، الروضة: ٦٩/٩، مغني المحتاج: ٤٤١/٣.
(٢) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٨١٦، المبسوط: ١٨٤/٥.
(٣) سورة النساء، آية: ٣٤.
(٤) أحكام القرآن لابن العربي: ٤١٦/١، الجامع لأحكام القرآن: ١٦٨/٥، جامع البيان للطبري ٥٩/٥
(٥) في (ز): ذكرناه.
(٦) في (ز): بالمال.
(٧) في (ز): فوجب.
(٨) في (ز): المال واجبا عليه.



وتحقيقه: أن النكاح عقد يشتمل على الجانبين على السواء، وكل واحد من الزوجين منكوح صاحبه على ما سبق من قبل، وولاية القوامية للرجل على المرأة معنى زائد على ما يقتضيه أصل النكاح؛ لأن أصل النكاح لا يقتضي تفرد (كل واحد منهما بحق عن صاحبه)[1] إلا أن الشرع أفرد الرجل بولاية القُوامية لتمهيد مصالح النكاح ودفع المفاسد عنها ثم أثبت لها في مقابلة ثبوت القُوامية له حقًا عليه وهو المهر والنفقة والكل زائد على ما يقتضيه أصل النكاح، وصار الأصل في مقابلة الأصل والزيادة في مقابلة الزيادة وإذا ثبت هذا الأصل ثبت ما قلناه من مقابلة وجوب المهر والنفقة بوجوب القوامية.

❁ **أمّا حجّتهم:**

تعلقوا بنفقة المحارم[2] وقالوا: نفقة واجبة فلا تصير دينًا بنفسها، وأيضًا قالوا: إن النفقة صلة ليست بعوضٍ؛ لأنها لو كانت عوضًا كانت عوضًا عن البُضع ولا تصلح عوضًا عن البُضع لأن المهر قد وَجَبَ عوضًا له فلا يجب عوض آخر، ولأنه لا تجب جملة ولو كانت عوضًا لوجبت جملة ولأن مجموع الواجب منها مجهول، والمجهول لا يكون عوضًا بحال وإذا ثبت أنها صلة لم يتصوّر أن تصير دينًا ولأن النفقة جزاء الاحتباس على ما سبق، والاحتباس لا يصير دينًا فكذلك ما يقابله وجب أن لا يصير دينًا أيضًا.

قالوا: وأمّا إذا اتصل به قضاء القاضي فإنما صارت دينًا بأحد وجهين،

---

(١) في (ز): أحدهما عن معا بالحق.

(٢) في (ز): ذوي المحارم.




إمّا لأنّ القضاء انتقل من الصلة إلى الدَّين، أو لأنها تشبه العوض من وجهٍ لوجوبها بالعقد فلهذه الشبهية صارت دينًا بقضاء القاضي، وإن لم تصر دينًا بنفسها.

❁ **الجواب:**

أما نفقة المحارم[1] فخارجة على ما قدّمنا[2]؛ لأنها وجبت لحاجة الوقت ودفعها، وبمضي الزمان ذهبت الحاجة ووقعت الكفاية، وفي مسألتنا الواجب مال بسبب القوامية كالمهر إلا أن المهر ليكون (بها قُنية)[3]، والنفقة ليكون لها وظيفة على الأيام، وكلاهما واجبان[4]، ثم الدليل على الفرق فصل قضاء القاضي أن نفقة المحارم لا تصير دينًا، وإن اتصل بها قضاء القاضي بخلاف نفقة الزوجات، وكان المفرّق[5] بينهما ما سبق بيانه، ثم أنه ليس حقيقة قضاء القاضي إلا إظهار واجب قد سبق من قبلُ فلولا أنها واجبة من قبل في ذمته وإلا لم تجب بقضاء القاضي.

وأمّا[6] قولهم: إنها صلة أو جزاء الاحتباس ففي ما قلناه[7] جواب عنه.
والله أعلم بالصواب.

---

(١) في (ز): ذوي المحارم.
(٢) في (ز): قدمناه.
(٣) في (ز): لها فيه.
(٤) في (ز): و.
(٥) في (ز): الفرق.
(٦) في (ز): فأما.
(٧) في (ز): قلنا.

انتهى ربع المناكحات[1] من كتاب الاصطلام بعون الله تعالى وحسن توفيقه يوم الخميس الثامن من شهر الله رمضان، عظّم الله بركته وأعاده علينا أعوامًا كثيرة، سنة تسع عشرة وخمسمائة.

والحمد لله، وصلى الله على نبيه محمد وآله أجمعين.

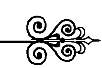


(١) في (ز): آخر مسائل المناكحات، ويتلوه مسائل الجنايات، والحمد لله وحده، وصلاته على سيدنا محمد رسوله وآله وسلامه، حسبنا الله ونعم الوكيل

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

كتاب النكاح



كِتَابُ الصَّدَاقِ

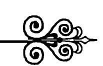
كِتَابُ الطَّلاق



الموضوع	الصفحة

كتَابُ الظِّهَار

مَسَائلُ منَ الكَفَّارة



الموضوع	الصفحة

مسائل اللعان

كِتَابُ الْعِدَّة

كتَابُ الرِّضاع وَالنَّفقَات

الموضوع	الصفحة



أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

❊ ما فكرة مشروع «أسفار»؟

أسفار: مشروع يُعنى بطباعة الكتب الشرعية؛ التي تهمُّ المختصين من طلبة العلم، **ويتميَّز بأنَّ مطبوعاته تُباع بسعر التكلفة** أو قريب منه؛ فهو مشروع خيري (غير ربحي).

❊ ما أهداف «أسفار»؟

أسفار: مشروع يهدف لتحقيق غايات سامية؛ منها:

ـ طباعة الكتب التراثية المحققة في جميع الفنون الشرعية (القرآن، السنة، العقيدة، الفقه وأصوله، اللغة)، ونشر البحوث الشرعية الجادة لا سيما ذات الطابع التأصيلي، مع التركيز والعناية بانتقاء الرسائل العلمية (الدكتوراه والماجستير) التي حقها أن تنشر، وإشهار المصنفات المغمورة التي لم تطبع من قبل، مع توفير الكتب النافعة بأسعار مخفَّضة من غير أرباح تجارية، لتكون مدعومةً وفي متناول المتعلمين؛ تقرباً إلى الله بتيسير العلم على طالبيه.

❊ تمويل «أسفار»:

يرتكز تمويل أسفار على: التمويل المباشر من المحسنين، الذين نسأل الله أن يجزيهم خير الجزاء، ويجعل ما يقدمونه من مالٍ في موازين حسناتهم، وأن يجعل هذا المال المبذول منهم عملاً داخلاً في قوله ﷺ: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث... أو علمٌ ينتفع به»، والكتب مصدر أصيل من مصادر العلم ورافد عظيم من روافد المعارف، وما عُبِدَ الله بعبادةٍ أعظم من العلم الشرعي.

❊ التواصل مع «أسفار»:

يمكن التواصل مع أسفار عن طريق وسائل التواصل التالية:

s. faar16@gmai. com   @sfaar16